

Das Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten nach dem schweizerischen ZGB

DISSERTATION

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

EUGEN ISLER

von Zürich

**genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. H. FRITZSCHE**

BUCHDRUCKEREI EUGEN WEILENMANN . USTER 1950

Das Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten nach dem schweizerischen ZGB

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

EUGEN ISLER

von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. H. FRITZSCHE

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet
hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne
damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung
zu nehmen.

Zürich, den 13. Mai 1950

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Weiss



Meinen lieben Eltern

Die vorliegende Abhandlung verdankt ihre Entstehung einer Anregung von Herrn Prof. Dr. Hans Fritzsche. Ich danke an dieser Stelle meinem verehrten Lehrer für das Interesse und die Unterstützung, die er meiner Arbeit stets entgegen gebracht hat.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Gegenstand, Aufbau, Ziel und Zweck der Arbeit

	Seite
§ 1. Entwicklungsgeschichtlicher Ueberblick	15
Legislatorische Grundlagen	

I. TEIL

Das Verbot

§ 2. Die Rechtsnatur	18
I. Die Festlegung der iuristischen Natur des Verbotes . .	18
II. Folgerungen	20
§ 3. Der Begriff der Zwangsvollstreckung	
im Sinne von Art. 173 Abs. 1 ZGB	22
I. Allgemeines	22
II. Die einzelnen Arten der Zwangsvollstreckung	24
A. Die Zwangsvollstreckung gem. SchKG	24
1. Die Schuldbetreibungsarten des SchKG	24
2. Betreibung auf Sicherheitsleistung	25
3. Arrest	26
B. Die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht:	29
Das Befehlsverfahren	29
§ 4. Der zeitliche Geltungsbereich des Verbotes	31
I. Der Grundsatz	31
II. Die Durchführung	31
1. Bei gerichtlicher Ehetrennung	31
2. Bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes . . .	32
3. Während des Scheidungsprozesses	32
§ 5. Der persönliche Geltungsbereich des Verbotes	33
I. Der Grundsatz und dessen Durchführung	33
1. Zwangsvollstreckung zwischen Verlobten	33
2. Zwangsvollstreckung zwischen Eltern und Kindern	33
II. Die Abtretung der Forderung an Dritte	34
III. Die besondere Stellung der Berufs- und Gewerbefrau .	36

	Seite
§ 6. Die güterrechtlichen Wirkungen des Verbotes	37
I. Allgemeines	37
II. Ersatzforderungen der Ehefrau	38
III. Die Wirkungen unter Gütertrennung insbesondere	41
§ 7. Der Ausschluß der Ehrenfolgen	45

II. TEIL

Die Ausnahmen

§ 8. Gemeinsame Betrachtungen	47
§ 9. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung im Interesse der Ehegatten selbst	48
I. Grundsätzliches	48
II. Die privilegierte Anschlußpfändung des Ehegatten	49
A. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen	50
B. Die betriebsrechtlichen Voraussetzungen	55
C. Die Wirkungen des privilegierten Anschlusses	60
D. Die Bestreitung des Anschlusses	63
E. Die Höchstpersönlichkeit des privilegierten Anschluß- pfändungsrechtes	64
III. Die Teilnahme eines Ehegatten am Konkurs des andern . .	64
A. Grundgedanken	64
B. Durchführung	65
§ 10. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zum Schutze der Gläubiger des forderungsberechtigten Ehegatten	66
I. Inhalt und Zweck	66
II. Durchführung in den verschiedenen Schuldbetriebs- arten	66
A. Bei Betreibung auf Pfändung	66
B. Bei Betreibung auf Konkurs	68
C. Bei Betreibung auf Pfandverwertung	68
§ 11. Unbeschränkte Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zum Schutze des einen Ehegatten gegenüber dem andern	69
I. Allgemeines	69
II. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zur Durchführung der Gütertrennung	71
A. Auf Gesetz beruhender Eintritt der Gütertrennung . .	73
B. Eintritt der Gütertrennung durch richterliches Urteil .	74
1. Anordnung auf Begehren der Ehefrau	75
2. Anordnung auf Begehren des Ehemannes	77

	Seite
3. Anordnung auf Begehren eines Gläubigers . . .	79
4. Spezialfälle: Anbringung der Ehescheidungsklage, Trennungsurteil	80
C. Die verfahrensrechtliche Durchsetzung der Güter- trennung	82
III. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zur Eintreibung von richterlichen Beiträgen	86
A. Voraussetzungen	86
B. Kasuistik	87
1. Unterhaltsbeiträge	88
2. Einmalige Leistungen als außerordentliche Beiträge	88
C. Verfahrensrechtliche Durchsetzung der Beitragspflicht	90

III. TEIL

Schlußbetrachtungen 92

Literaturverzeichnis¹

I. Materialien zum ZGB

- Amtliches stenografisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung, Jahrgänge 1905 (XV) und 1907 (XVII), in letzterem Jahrgang getrennte Hefte für den National- und Ständerat. (Zit. Sten. Bull.).
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend das schweizerische ZGB vom 28. V. 1904. (Zit. Botsch.).
- Erläuterungen zum Vorentwurf des schweizerischen ZGB des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, 1. Band (Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht), 2. Auflage, Bern 1914. (Zit. Erl.).
- Protokoll der Verhandlungen der großen Expertenkommission zum schweizerischen ZGB. (In Maschinschrift vervielfältigt). (Zit. Exp. Komm.).
- Vorentwurf des schweizerischen ZGB des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bern 1900. (Zit. Vorentwurf).

II. Kommentare

- Becker, H.: Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. VI: Das Obligationenrecht. I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Bern 1941. II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934. (Zit. Becker).
- Bluntschli, J. C.: Das zürcherische Personen- und Familienrecht mit Erläuterungen, Zürich 1854.
- Curti, E.: Schweizerisches ZGB mit Erläuterungen, Zürich 1911. (Zit. Curti).
- Egger, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Bd.: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Auflage, Zürich 1936. (Zit. Egger).
- Fick, F.: Das schweizerische OR vom 30. III. 1911, Bd. I, Zürich 1911.
- Gmür, M.: Kommentar zum schweizerischen ZGB, II. Bd.: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Auflage, Bern 1923. (Zit. Gmür).

¹ Allgemeine Zitiermethode: Name des Verfassers oder Werkes und Seitenzahl.
Bei Kommentaren: Anmerkung (Note) zu den verschiedenen Artikeln.

- Jaeger, C.: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. Kommentar. 2 Bände, 3. Auflage, Zürich 1911. (Zit. Jaeger).
- Jaeger, C. und Daeniker, M.: Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911—1945. 2. Bände, Zürich 1947. (Zit. Jaeger/Daeniker).
- Oser, H. und Schönenberger, W.: Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. V: Das Obligationenrecht. 2. Auflage, Zürich 1936. (Zit. Oser/Schönenberger).
- Reichel, A.: Kommentar zum schweizerischen ZGB, VI. Bd.: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen (Schlußtitel), Zürich 1916. (Zit. Reichel, SchlT.).

III. Werke, Abhandlungen

- Barazetti, C.: Der Vorentwurf zum 1. und 2. Teil des schweizerischen ZGB, Bern 1898.
- Bartholmès, F.: De la condition de la femme mariée sous le régime du Code Civil Suisse. Thèse, Genève 1917/18.
- Bloch, J.: Das Sondergut des schweizerischen ZGB. Diss., Zürich 1923.
- Blumenstein, E.: Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911. (Zit. Blumenstein, Hdb.)
- Blumenstein, E.: Der Einfluß der neuen Zivilgesetzgebung auf das Schuldbetreibungsrecht, in ZbJV 48 S. 261 ff. und S. 317 ff.
- Curti, A.: Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung, Diss., Zürich 1923. (Zit. Curti, Pfändungspfandrecht).
- Droin, C.: Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial. Genève et Paris 1916.
- Erny, H.: Der außerordentliche Güterstand nach dem schweizerischen ZGB. Diss., Zürich 1919.
- Etter, E.: Die vorsorglichen Maßregeln im Ehescheidungs- und Ehetrennungsprozeß nach Art. 145 ZGB. Diss., Zürich 1933.
- Gisler, R.: Die besondere Behandlung der familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungsforderung in der Betreibung. Diss., Zürich 1946.
- Goeschke, R.: Die Rechtsstellung der Ehefrau im Betreibungsverfahren, in ZbJV 49 S. 601 ff. und S. 657 ff.
- Guhl, Th.: Das schweizerische Obligationenrecht. 4. Auflage, Zürich 1948. (Zit. Guhl).
- Guhl, Th.: Sicherung und Begünstigung der Ehegatten nach ehelichem Güterrecht. Abhandlung in Festschrift Tuor „Zum schweizerischen Erbrecht“, S. 9 ff.

- Guldener, M.: Das schweizerische Zivilprozeßrecht. 2 Bände, Zürich 1947/48.
- Haab, R.: Vereinfachungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, in ZSR 51 S. 245 ff.
- Haab, R.: Die Rechtssprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1927: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in ZbJV 64 S. 433 ff.
- Haab, R.: Einige Probleme der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, in ZSR 44 S. 243 ff.
- Haeschel, A.: Le devoir d'entretien entre époux. Diss., Lausanne 1942.
- Knapp, C.: La notion de l'ordre public dans les conflits de lois, Thèse, Neuchâtel 1933.
- Maechler, R.: Die Sicherung des Frauengutes nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des ZGB, Zürich 1922.
- Meyer, Hermine - Herta: Das Eherecht unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung von Mann und Frau. Diss., Zürich 1937.
- Müller, O.: Der interne Schuldenausgleich nach Art. 209 und 223 ZGB. Diss., Zürich 1934.
- Niederer, W.: Die Frage der Qualifikation als Grundproblem des internationalen Privatrechts, Zürcher Habilitationsschrift erschienen in „Zürcher Studien zum internationalen Recht“, Zürich 1940.
- Oti, G.: Die privilegierte Anschlußpfändung des Ehegatten nach schweizerischem SchKG, in ZSR 37 S. 288 ff.
- Overbeck, A. von: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht. 2. Auflage, Zürich 1940.
- Raggenbaß, J.: Die privilegierte Anschlußpfändung nach schweizerischem Recht. Diss., Freiburg 1944.
- Rossel, V. et Mentha, F.-H.: Manuel du droit civil suisse. Tome premier. Lausanne et Genève 1922. (Zit. Rossel/Mentha).
- Rümelin, M.: Der Vorentwurf zu einem schweizerischen ZGB, Leipzig 1901.
- Rüttener, K.: Die Rechtsstellung der verheirateten Berufs- und Gewerbefrau. Diss., Zürich 1922.
- Schoch H.: Die iuristische Natur der Pfändung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs. Diss., Zürich 1940.
- Schönenberger, W.: Zur Interpretation des Art. 111 SchKG betr. privilegierte Anschlußpfändung, in SJZ 21 S. 221 ff.
- Schweizer, A.: Der Einfluß des ZGB auf die Gestaltung des ehelichen Güterrechts, in ZSR 47 S. 61a ff.
- Schweizer, A.: Referat an den Verhandlungen des schweizerischen Juristentages 1928, abgedruckt in ZSR 47 S. 218 a ff.

- Sohm, R.: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Auflage, München und Leipzig 1926.
- Stier - Somlo/Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. VI. Berlin und Leipzig 1929.
- Subilia, R.: Les biens réservés des époux dans le Code Civil Suisse. Diss., Lausanne 1917.
- Tanner, H.: Die öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses in der Schweiz. Diss., Zürich 1924.
- Tuhr, von/Siegwart: Allgemeiner Teil des schweizerischen OR. 2 Bände. 2. Auflage, Zürich 1942.
- Tuor, P.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 5. Auflage, Zürich 1948.
- Wiget, F.: Der zivilrechtl. Begriff der öffentlichen Ordnung, Diss., Zürich 1933.
- Zum schweizerischen Erbrecht. Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Tuor, Zürich 1946. (Zit. Festschrift Tuor).

IV. Periodika

- Blätter für zürcherische Rechtssprechung; neue Folge der schweizerischen Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen; erscheinend in Zürich. (Zit. ZR, Band und Nummer des Entscheides).
- Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung; erscheinend in Lausanne. (Zit. BGE, Band, Abteilung und Seite).
- Praxis des Bundesgerichts, die; monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts; erscheinend in Basel. (Zit. Prax., Band und Nummer des Entscheides).
- Schweizerische Juristenzeitung; erscheinend in Zürich. (Zit. SJZ, Band und Seitenzahl).
- Semaine judiciaire, la; Revue de jurisprudence; paraissant à Genève. (Zit. Semjud., tome, page).
- Zeitschrift des bernischen Juristenvereins; erscheinend in Bern. (Zit. ZbJV, Band, Seite).
- Zeitschrift für schweizerisches Recht; Neue Folge; erscheinend in Basel. (Zit. ZSR, Band, Seite).

Verzeichnis der wichtigsten Abkürzungen

BG	Bundesgesetz
BGB	deutsches bürgerliches Gesetzbuch vom 18. VIII. 1896.
BGE	amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheide
EG	Einführungsgesetz
Erl.	Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB
Exp. Komm.	Protokoll der Expertenkommission zum ZGB
OR	schweizerisches Obligationenrecht vom 30. III. 1911/18. XII 1936.
Prax.	Praxis des Bundesgerichts
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. IV. 1889.
Semjud.	La semaine judiciaire
SchlTZGB	Schlußtitel zum ZGB
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Sten. Bull.	Stenografisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. XII. 1937
VO	Verordnung
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. XII. 1907
ZPO	Zivilprozeßordnung (allgemein)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht.

Einleitung

Gegenstand, Aufbau, Ziel und Zweck der Arbeit

Das Band der Ehe verbindet Mann und Frau zu einer innigen Lebensgemeinschaft. Es besteht fortan neben den rein persönlichen Lebenskreisen der beiden Ehegatten ein drittes, höheres Element, das sie miteinander verbindet und ihre Sonderinteressen zurücktreten läßt: Die eheliche Gemeinschaft.

Obschon die Ehe in erster Linie ein sittliches Verhältnis ist und daher die Rechtsordnung grundsätzlich nur ihre äußeren Erscheinungsformen bestimmen kann, hat es der schweizerische Zivilgesetzgeber für notwendig erachtet, gewisse Vorschriften zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft aufzustellen. Das ZGB sieht ein Doppeltes vor: Zunächst die Möglichkeit des richterlichen Eingreifens bei einer in ihrem Bestande gefährdeten Ehe (Art. 169—172 ZGB); sodann - vorbehältlich gewisser Ausnahmen - den Ausschluß der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten für ihre gegenseitigen vermögensrechtlichen Ansprüche.

Das letztere Rechtsinstitut bildet den Gegenstand der vorliegenden Arbeit; seine grundsätzliche Regelung findet sich in den Art. 173—176 ZGB.

V. Zwangsvollstreckung

1. Verbot

Art. 173. Während der Ehe ist unter den Ehegatten die Zwangsvollstreckung bezüglich ihrer Ansprüche nur in den vom Gesetz bezeichneten Fällen zulässig.

Ehrenfolgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses dürfen aus dem Grunde, daß ein Ehegatte gegenüber dem andern zu Verlust gekommen ist, nicht ausgesprochen werden.

2. Ausnahmen.

- a) Der Ehegatte als Schuldner Art. 174. Wird gegen einen Ehegatten von dritter Seite die Schuldbetreibung angehoben, so ist der andere Ehegatte befugt, sich für seinen Anspruch der Pfändung anzuschließen, oder sich am Konkurse zu beteiligen.
- b) Der Ehegatte als Gläubiger Art. 175. Kommen die Gläubiger des einen Ehegatten bei der Betreibung auf Pfändung zu Verlust, so werden dessen Ansprüche an den andern Ehegatten fällig und können gepfändet werden.
Wird über einen Ehegatten der Konkurs eröffnet, so werden dessen Ansprüche an den andern Ehegatten zur Masse gezogen.
- c) Durchführung der Gütertrennung und Beitragspflicht Art. 176. Zur Durchführung der durch Gesetz oder Urteil angeordneten Gütertrennung ist die Zwangsvollstreckung ohne Beschränkung zulässig.
Das gleiche gilt für Beiträge, die dem einen Ehegatten gegenüber dem andern durch den Richter auferlegt worden sind.

Im Aufbau schien es uns zweckmäßig, der Systematik des Gesetzes zu folgen. So wird zunächst in einem ersten Teil — nach einer kurzen historischen Uebersicht — das Verbot als solches, sein sachlicher, persönlicher und zeitlicher Geltungsbereich sowie seine Wirkungen dargestellt. Der zweite Teil behandelt sodann die Ausnahmen vom Verbot, wobei die Gliederung nach der Person erfolgte, in deren Interesse die Ausnahme gelegen ist. Gegenstand des dritten Teils bilden die Schlußbetrachtungen.

Hauptziel der vorliegenden Abhandlung bildet die systematische Darstellung des gesamten Fragenkomplexes, der sich um das Institut des Zwangsvollstreckungsverbotes erhebt. Daraus soll in zweiter Linie die Einsicht zum Urteil über dessen Daseinsberechtigung, die von verschiedenen Seiten angezweifelt wird, geschöpft werden.

§ 1. Entwicklungsgeschichtlicher Ueberblick

Legislatorische Grundlagen

Durchforscht man die bis zur Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches geltenden kantonalen Rechte nach einem Vorläufer des Zwangsvollstreckungsverbotes unter Ehegatten für ihre wechselseitigen Ansprüche, wie es heute im Art. 173 Abs. 1 ZGB statuiert ist, so stellt man zunächst fest, daß der schweizerische Zivilgesetzgeber mit der ausdrücklich im Gesetz aufgenommenen Beschränkung des Exekutionsrechts zwischen Ehegatten legislatorisches Neuland betrat. In keinem Kanton fand sich ein der heutigen Regelung entsprechendes oder ähnliches Rechtsinstitut. Es darf wohl mit Sicherheit angenommen werden, daß die Entstehung der Art. 173 — 176 ZGB vorab dem rechtsschöpferischen Geiste des Gesetzesredaktors — Professor Eugen Huber — zu verdanken ist, zumal sich in den gesamten Gesetzesmaterialien keinerlei Hinweis findet, wonach der Anstoß zur Aufnahme eines derartigen Verbotes von irgendwelcher dritter Seite ausgegangen wäre.

Dennoch stößt man in einigen wenigen kantonalen Rechten auf Vorschriften, die dem Gesetzesverfasser als Anhalts- und Ausgangspunkt gedient haben mögen. Es kannten nämlich vereinzelte kantonale Zivilgesetzbücher bei der Regelung der Sicherstellung des eingebrachten Frauengutes die interessante Bestimmung, daß der Ehemann von der Frau und ihren Rechtsnachfolgern niemals aus der Weibergutsforderung, noch aus anderen während oder infolge des ehelichen Verhältnisses entstandenen Forderungen bis zum „Auffall“ (Konkurs) getrieben werden dürfe¹. Grundsätzlich war also die Zwangsvollstreckung zugelassen, nur durfte sie nicht soweit führen, daß der Ehemann dem Konkurs verfiel.

¹ So Zürich, Privatrechtl. Gesetzbuch von 1853: § 161. (In der Neubearbeitung von Schneider: § 612); damit wörtlich übereinstimmend: Zug, Privatrechtl. Gesetzbuch von 1861: § 39 Abs. 2.

Aufschlußreich ist dabei die im Falle des Kantons Zürich vom Gesetzesredaktor selbst gegebene Motivierung dieser vollstreckungsrechtlichen Beschränkung: „Die Einführung des Grundsatzes“, führt Prof. Bluntschli aus, „daß der Ehemann für die Weibergutsforderung der Frau niemals zum Auffall getrieben werden dürfe, in das zürcherische Recht ist neu. Der nämliche Grundsatz wurde auch noch in anderen Pietätsverhältnissen anerkannt und trägt den moralischen Beziehungen Rechnung zwischen Gläubiger und Schuldner, welche durch eine schroffe Durchführung der Rechte des Gläubigers bis zum bürgerlichen Ruin des Schuldners verletzt werden. Das römische Recht, das im übrigen mit eiserner Konsequenz die Vermögensrechte energisch schützt, hatte um solcher Pietätsrücksichten willen die Strenge seines Schuldrechts gemildert und derartige Forderungen auf das „in quantum facere potest debitor“ ermäßigt. Die neuere Rechtsbildung darf in der Beachtung der Humanität nicht hinter dem römischen Recht zurückstehen.“²

Lesen wir im folgenden die kurzen Ausführungen, mit denen Prof. Huber im Nationalrat die Vorschriften betr. das Zwangsvollstreckungsverbot unter Ehegatten einführte, so stellen wir eine weitgehende Analogie der Motive fest: „Der Gedanke, der diesen Vorschriften zugrunde liegt, ist immer der, daß eine Zwangsvollstreckung unter den Ehegatten während der Ehe, wenn sie nicht ganz besonders gerechtfertigt ist, als eine Pietätlosigkeit aufgefaßt werden muß und daher in der Rechtsordnung nicht anerkannt werden kann. Die Ehegatten sollen sich untereinander nicht als Gläubiger ausspielen und dergestalt unter Umständen zum Konkurs treiben können.“³

Was nun die Behandlung des ehelichen Zwangsvollstreckungsverbot in den verschiedenen Kommissionen und der Bundesversammlung anbelangt, so erstaunt man ganz allgemein über die Tatsache, daß an diesem Rechtsinstitut⁴, das doch für den Großteil aller Kantone eine vollkommene Neuerung bedeutete — nur geringfügige, redaktionelle Kritik geübt wurde, von keiner

² Bluntschli, S. 146/47; Vgl. ferner auch Sohm, S. 721, N. 9.

³ Sten. Bull. 1905, S. 658.

⁴ Art. 196—199 des Vorentwurfs.

Art. 181—184 des Entwurfs.

Seite sind wesentliche Einwände erhoben oder ist gar etwa seine Daseinsberechtigung bezweifelt worden. Im Gegenteil — den beiden Voten der Referenten im Stände- und Nationalrat⁵ ist deutlich anzumerken, daß die Einführung des Verbotes als selbstverständliches, notwendiges Gebot der Stunde zu betrachten sei, und es ist sich denn auch die zeitgenössische Literatur darin einig, daß das neue ZGB „in richtiger Erkenntnis des ethischen Charakters der Ehegemeinschaft überhaupt die Zwangsvollstreckung unter Ehegatten verbietet.“⁶

⁵ E. Huber im Nationalrat: Sten. Bull. 1905, S. 658.
Hoffmann im Ständerat: Sten. Bull. 1905, S. 1087/88.

⁶ Barazetti, S. 130; vgl. ferner Rossel/Mentha, S. 301;
Weiter Gottofrey, der im Nationalrat seine Meinung in die Worte kleidet: „Les mesures protectrices (projet Art. 177 à 184) de l'union conjugale constituent à notre avis une des innovations les plus heureuses de cette partie du code civil.“ vgl. Sten. Bull. 1915, S. 661.

Das Verbot

§ 2. Die Rechtsnatur

I. Die Festlegung der iuristischen Natur des Verbotes

Die Motive des Verbotes sind — wie einleitend festgestellt — Pietätsrücksichten; seine praktische Zweckbestimmung ist der Schutz der ehelichen Gemeinschaft¹. Hierbei handelt es sich nicht um einen direkten Schutz, wie dies bei den richterlichen Maßnahmen der Art. 169—172 ZGB der Fall ist. Es soll vielmehr das Verbot eine vorbeugende Maßnahme in dem Sinne darstellen, daß a priori ein möglicher Herd zu ehelichen Zwistigkeiten ausgeschaltet und damit indirekt dem Schutze der ehelichen Gemeinschaft gedient wird². Ferner stünde die Zulassung der Zwangsvollstreckung im Widerspruch zur ehelichen Treue- und Beistandspflicht des Art. 159 ZGB. Ob diese Argumentation standhalten kann, wird später, nachdem der Ueberblick über die Regelung des Verbotes und seiner Ausnahmen gewonnen ist, noch zu untersuchen sein; vorderhand sei lediglich festgehalten, daß eine teleologische Untersuchung des Verbotes in allererster Linie den Schutzgedanken der ehelichen Gemeinschaft zutage fördert.

Wenden wir uns nunmehr der eigentlichen Rechtsnatur des Verbotes zu, so stellt sich hierbei als zentrales Problem die in Literatur und Judikatur umstrittene Frage, ob das Verbot als um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt zu betrachten sei³. Die

¹ Das ergibt sich schon eindeutig aus der Gesetzessystematik, wonach das Verbot unter „E. Schutz der Gemeinschaft“ steht; vgl. ferner Botsch, S. 26; Erl. S. 162; Sten. Bull. 1915, S. 658.

² Vgl. auch BGE 63 III 142; Haeschel, S. 142.

³ Bejahend: Blumenstein, ZbJV 48, S. 266; Gmür A. 173 N. 3c; Jaeger A. 47 N. 4; Haab, ZbJV 64, S. 449; Goeschke, ZbJV 49, S. 667; Bartholmès,

Abklärung dieser Kontroverse ist insofern von entscheidender Bedeutung, als von ihrer Beantwortung rechtliche Konsequenzen von eminent praktischer Tragweite abhängen, so insbesondere, ob die Vorschrift des Art. 173 Abs. 1 ZGB zwingendes Recht darstellt oder nicht.

Der Begriff der sog. „öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit“ ist nicht leicht zu fassen. Auch kann zur Entscheidung der Frage, welche Gesetzesnormen um ihretwillen aufgestellt sind, kein absolut einheitliches Kriterium gegeben werden, da es vielfach von Zeitauffassung und von den an einem bestimmten Rechtskreis herrschenden sittlichen Anschauungen abhängt, was als um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen gesagt angesehen werden muß⁴. Es scheint dies indessen wohl immer dann zuzutreffen, wenn der Staat an der Innehaltung bestimmter Rechtsvorschriften, die von der Mehrheit der kulturellen, ethischen, eben sittlichen Anschauung des Staatsvolkes diktiert wurden und noch getragen werden, ein entscheidendes Interesse hat, weil darnach von ihrer strikten, absoluten Geltungskraft in erheblichem Maße das Wohl und der Bestand (die *salus publica*) des Staates abhängt.

Hiebei wird der Begriff der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit als Einheit aufgefaßt⁵, da es sich offensichtlich nur um zwei verschiedene Seiten der gleichen Sache handelt: Soll doch die staatliche Ordnung nicht irgendwelche andere Zwecke haben, als den von ihr erfaßten Menschen die Durchführung ihrer sittlichen Aufgaben zu ermöglichen; die öffentliche Ordnung soll daher der Sittlichkeit entsprechen.

Die Familie stellt einen integrierenden Bestandteil des Staates

S. 175; Ott S. 288; Elter, S. 38; BGE 40 III 8, 42 III 348, 49 III 165; ZR 13 Nr. 198, 16 Nr. 197.

Verneinend: Aenderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts: BGE 53 III 37, 56 III 173; ferner ZR 31 Nr. 61; Egger, A, 173 N. 5. Neuerdings Aenderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts in bejahendem Sinne: BGE 63 III 142.

⁴ Vgl. Erl. S. 165, wo die Frage bezüglich der Art. 173—176 ZGB ausdrücklich offen gelassen wird. Zum Begriff der öffentl. Ordnung und Sittlichkeit vgl. F. Wiget: „Der zivilrechtl. Begriff der öffentl. Ordnung;“ C. Knapp' „La notion de l'ordre public dans les conflits de lois“.

⁵ So Reichel, SchlT S. 11.

dar. Sie ist die durch die natürlichen Bande der Blutsverwandtschaft gegebene, von der sittlichen Auffassung des Staatsvolkes getragene, kleinste Gemeinschaft von Menschen⁶. Ihre hohe Funktion beruht darin, als Trägerin der sittlichen und wirtschaftlichen Ordnung Bestand und Weiterentwicklung des Staates zu gewährleisten; sie ist - wie vielfach gesagt wird - die Urzelle des Staates. Notwendigerweise kann dem Staat die Bildung der Familie durch Eingehung der Ehe, ihre Fortentwicklung durch die Zeugung von Nachkommen u. a. m. — vor allem aber auch ihre Aufrechterhaltung, nicht gleichgültig sein⁷. Steht nun einerseits fest, daß das Zwangsvollstreckungsverbot unter Ehegatten eindeutig dem Schutze der ehelichen Gemeinschaft, und damit letztlich der Familie, dienen soll, anderseits aber auch, daß sich das u. E. heute nach wie vor lebendige öffentliche Empfinden dagegen sträubt, daß zwei Ehegatten während ihres gemeinsamen Lebens gegeneinander Zwangsvollstreckungsakte anstrengen, muß u. E. aus diesen beiden Momenten folgerichtig der Schluß gezogen werden, daß die Vorschrift des Art. 173 Abs. 1 ZGB als um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt zu betrachten ist.

II. Folgerungen

Die Festlegung der iuristischen Natur des Verbotes hat die nachfolgenden Konsequenzen:

A. Die Bestimmung des Art. 173 Abs. 1 ZGB gehört dem Gebiet der *lex cogens an*, ist *z w i n g e n d e s R e c h t*⁸; dies bedeutet zunächst:

1. Jede Zwangsvollstreckungshandlung, die entgegen dem Verbot von einem Ehegatten gegenüber dem andern vorgenommen wird, ist *n i c h t i g*. Sie bedeutet eine Gesetzeswidrigkeit und muß daher mit allen zu Gebot stehenden Mitteln aus der Welt geschafft werden. Regelmäßig wird die Zwangsvoll-

⁶ Hierbei soll unter Familie nur die sog. Kleinfamilie verstanden sein, d. h. Vater, Mutter und die heranwachsenden Kinder.

⁷ Vgl. hiezu auch Gmür, A. 169 N. 8.

⁸ Ergibt sich aus Art. 19 OR in Verbindung mit Art. 7 ZGB; vgl. auch Art. 2 SchlT ZGB.

streckung auf dem Wege der Betreibung vor sich gehen. Die Betreibungshandlung, der gemäß Art. 173 Abs. 1 ZGB die Nichtigkeit anhaftet, kann einerseits vom betroffenen Ehegatten selbst durch Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde aufgehoben werden, anderseits ist sie jedoch von Amtes wegen aufzuheben, wenn der Betreibungsbeamte nicht bereits das vom betreibenden Ehegatten gestellte Betreibungsbegehren als unzulässig zurückgewiesen hat. (Vorbehalten bleiben selbstverständlich die Ausnahmefälle der Art. 174—176 ZGB, deren Vorhandensein, falls es sich nicht aus der Natur der Sache selbst ergibt, dem Betreibungsamte nachgewiesen werden muß). Beides, sowohl Beschwerde als Aufhebung ex officio, können in jedem Stadium des Verfahrens vorgenommen werden⁹.

Daß bei der Geltendmachung des Verbotes seitens des betriebenen Ehegatten der Beschwerdeweg, und nicht etwa das Mittel des Rechtsvorschlages, benützt werden muß, erhält ohne weiteres aus der Tatsache, daß es sich bei einer derartigen Verfügung des Betreibungsamtes nicht um die Verletzung eines Zivilrechtssatzes, sondern einer betreibungsrechtlichen Verfahrensnorm, die allerdings im ZGB statuiert ist, handelt¹⁰. Zudem fehlt den betreffenden Ansprüchen an und für sich die Vollstreckbarkeit nicht; bloß der Person, die diesen Anspruch in Betreibung setzen will, mangelt die Legitimation zur Zwangsvollstreckung.

2. Aus der zwingenden Natur des Verbotes ergibt sich ferner, daß die Ehegatten nicht etwa durch Vereinbarung auf die Geltendmachung des Verbotes verzichten können. Ein solcher Verzicht kann selbstverständlich auch nicht darin erblickt werden, daß der betriebene Ehegatte einem vom andern Ehegatten gegen ihn erlassenen Zahlungsbefehl keinen Widerstand leistet und damit stillschweigend auf die Geltendmachung der Regelung des Art. 173 Abs. 1 ZGB verzichte¹¹.

⁹ Vgl. hiezu auch Gmür, A. 169 N. 8.

¹⁰ Blumenstein, Hdb. S. 152; Egger, A. 173 N. 7; Gmür A. 173 N. 3b; Goeschke, ZbJV 49 S. 667; BGE 40 III 7, 48 III 124, 53 III 152; Entscheid des zürcherischen Obergerichtes vom 31. I. 1914, abgedruckt in ZR 14 Nr. 120.

¹¹ BGE 63 III 142.

B. Ein weiterer Ausfluß der Erkenntnis, daß Art. 173 Abs. 1 ZGB als eine um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellte Norm zu betrachten ist, liegt darin, daß das Zwangsvollstreckungsverbot unter Ehegatten für jede in der Schweiz stattfindende Exekution Geltung haben muß^{11a}. Gleichgültig ist dabei, welcher Nationalität die Ehegatten sind und ob sich ihr ordentl. Domizil in der Schweiz oder im Ausland befindet. Das Verbot greift daher auch auf (schweizerische) Ehegatten Platz, die ihren Wohnsitz im Ausland haben, wenn aber in der Schweiz einer gegen den andern Betreibung anheben oder in der Schweiz gelegenes Vermögen des andern mit Arrest belegen lassen will¹². Desgleichen kann bei in der Schweiz wohnenden ausländischen Ehegatten auf den Umstand, daß ihr internes Güterrecht möglicherweise ihrem Heimatrecht unterstellt ist und nach jenem die Zwangsvollstreckung zulässig wäre, nichts ankommen¹³.

§ 3. Der Begriff der Zwangsvollstreckung im Sinne von Art. 173 Abs. 1 ZGB

I. Allgemeines

Der Wortlaut des Art. 173 Abs. 1 ZGB spricht schlechterdings von der „Zwangsvollstreckung“, die prinzipiell zwischen Ehegatten ausgeschlossen sein soll. Naturgemäß stellt sich die Frage, was unter „Zwangsvollstreckung“ im Sinne des Gesetzes verstanden werden muß.

Seitdem die Erzwingung des Rechtes durch Selbsthilfe für das moderne Leben nicht mehr in Betracht kommt oder doch nur da zur Anwendung kommen kann, wo sie zur Wahrung des Rechtes unumgänglich und ohne Aufschub notwendig ist, ist die Exeku-

^{11a} Vgl. hiezu auch Niederer: „Die Frage der Qualifikation als Grundproblem des internationalen Privatrechts,“ insbes. S. 57 ff.

¹² So Haab, ZbJV 64 S. 450; BGE 63 III 142; abweichend: Jaeger/Daeniker, A. 47 N. 4; BGE 53 III 37.

¹³ Entscheid des zürcherischen Obergerichtes vom 22. 7./5. 8. 1916, abgedruckt in ZR 16 Nr. 197; bestätigt durch das Bundesgericht mit Entscheid vom 15. 9. 1916, abgedruckt in Prax. V, Nr. 175.

tive dem Staat in die Hand gegeben. Auf dem Gebiete des Privatrechtes nennt man sie: Zwangsvollstreckung¹. Sie ist nichts anderes, als die Anwendung staatlichen Zwanges zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche, d. h. der Staat stellt dem Gläubiger seine Machtmittel zur Verfügung, um den Schuldner zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Zum Eingreifen des Staates bedarf es eines Antrages des Gläubigers, gegen den Schuldner vorzugehen. Der Zwang kann sich, je nach der rechtlichen Beschaffenheit des Anspruchs, grundsätzlich gegen die Person oder das Vermögen des Schuldners richten.

Hier liegt für uns eine erste Besonderheit: Der Ausschluß der Zwangsvollstreckung im Sinne des Art. 173 Abs. 1 ZGB umfaßt nur vermögensrechtliche Ansprüche², d. h. solche, die ausschließlich in das Vermögen des Schuldners eingreifen, daneben aber seine Persönlichkeit unberührt lassen. - Damit soll nicht gesagt sein, daß die Zwangsvollstreckung für andere Ansprüche, die auf Persönlichkeits-, Familien- oder anderen ideellen Rechten fußen, schlechthin zulässig sei. So liegt beispielsweise der Ausschluß der Zwangsvollstreckung für den personenrechtlichen Anspruch auf das gemeinsame eheliche Leben darin, daß das Gesetz keine Klage auf Wiederaufnahme des ehelichen Lebens bietet³; auf der anderen Seite sind Zwangsmaßnahmen in persönlicher Hinsicht, wie sie z. B. während der Scheidung gestützt auf Art. 145 ZGB nötig sein können, durch Art. 173 Abs. 1 ZGB nicht ausgeschlossen⁴.

¹ Stier-Somlo/Elster: Bd. VI S. 1120.

² So Gmür, A. 173 N. 5; Etter, S. 39; Droin, S. 161; Sten. Bull. 1915 S. 1087; Exp. Komm. zu Art. 196.

³ Vgl. Exp. Komm. zu Art. 196; im Gegensatz zum deutschen Recht, wo zwar die Klage gegeben ist, hingegen auch dort die Vollstreckung des Urteils versagt bleibt, vgl. Art. 1353 BGB und § 888 Abs. 2 deutsch. ZPO.

⁴ Ein unveröffentlichter Beschluss des zürcherischen Kassationsgerichtes vom 5. Juli 1930 nimmt im wesentlichen den gleichen Standpunkt ein; es wird darin u. a. ausgeführt: „... nach dieser letzteren Bestimmung (Art. 145 ZGB) setzt der Richter die Unterhaltsbeiträge fest, nach Art. 176 ZGB sind diese vollstreckbar. Die analoge Behandlung der übrigen nach Art. 145 getroffenen Anordnungen drängt sich auf. Auch die Liquidierung der güterrechtlichen Verhältnisse, die Art. 145 erwähnt, ist nach dem Gesetz vollstreckbar (Art. 176 Abs. 1). Das Gleiche muß aber auch für die Ordnung der Wohnverhältnisse und die Versorgung der Kinder gelten.

Es liegt nun auf der Hand, daß mit Zwangsvollstreckung im Sinne des Art. 173 Abs. 1 ZGB in aller erster Linie die *Betreibung* gemeint ist. Sie ist das gegebene Mittel, um vermögensrechtliche Forderungen auf Geldzahlung und Sicherheitsleistung durchzusetzen. Falsch wäre jedoch die Annahme, die Begriffe „Zwangsvollstreckung“ und „Betreibung“ einander gleichzusetzen. Die ratio der genannten Vorschrift geht vielmehr eindeutig darauf hin, auch die Vollstreckung anderer vermögensrechtlicher Ansprüche, die nicht auf dem Betreibungswege verfolgt werden, auszuschließen⁵.

Dagegen ist die gerichtliche Belangung des einen Ehegatten durch den anderen, da es sich hier ja stets nicht um Zwangsvollstreckung handelt, ohne weiteres möglich; desgleichen sind andere Arten der Rechtsausübung und -geltendmachung zulässig, so insbesondere auch die Verrechnung⁶.

II. Die einzelnen Arten der Zwangsvollstreckung

A. Die Zwangsvollstreckung gemäß SchKG.

1. Die *Schuldbetreibungsarten* des SchKG: Das Verbot gilt für alle Arten der Betreibung, gehe sie nun auf Pfändung, Konkurs oder Pfandverwertung⁷. Nach übereinstimmender Auffassung in Lehre und Rechtsprechung ist schon die Einleitung der Betreibung, d. h. Erlaß und Zustellung eines Zahlungsbefehls, unzulässig⁸. Dieses Vorverfahren, das eine Eigentümlichkeit des schweizerischen Schuldbetreibungsverfah-

Der Richter muß diesen Anordnungen Nachachtung verschaffen können. Er muß erforderlichenfalls ihre Zwangsvollstreckung vorsehen und anordnen können. Dann muß dies aber in gleicher Weise wiederum für alle auf Grund von Art. 145 getroffenen Anordnungen möglich sein“. Vgl. hiezu auch Etter, S. 39/40.

⁵ Exp. Komm. zu Art. 196; Egger, A. 173 N. 3; Gmür, A. 173 N. 4; Schweizer, S. 108a; Droin, S. 161; nicht zutreffend Curti, A. 173 N. 2; vgl. ferner unten S. 29 ff.

⁶ Entscheid des zürcherischen Obergerichtes vom 20. 11. 1928, abgedruckt in ZR 28 Nr. 161.

⁷ So Egger, A. 173 N. 3; Gmür A. 173 N. 4; Schweizer S. 108a; Jaeger/Daeniker A. 94 N. 4.

⁸ Vgl. BGE 42 III 347 ff. — Prax. V. S. 440; ferner Gmür, A. 173 N. 4a; Egger, A. 173 N. 3.

rens darstellt und in dem die Zahlungspflicht ohne Prozeßverfahren festgestellt werden kann, ist ein notwendiger Bestandteil jeder Betreibung. Selbständige Bedeutung kommt ihm nicht zu; es ist lediglich die Vorbereitung für die Beschlagnahme und Verwertung von schuldnerischen Vermögensgegenständen und fällt ohne weiteres dahin, wenn es nicht innert bestimmter Frist durch das Hauptverfahren fortgesetzt wird⁹. Erlaß und Zustellung des Zahlungsbefehls sind somit Akte der Zwangsvollstreckung und damit dem Verbote des Art. 173 Abs. 1 ZGB unterworfen.

2. **Betreibung auf Sicherheitsleistung:** Das Verbot hat auch Geltung für die Betreibung auf Sicherheitsleistung i. S. von Art. 38 Abs. 1 SchKG¹⁰. Es ist unverkennbar, daß auch diese ihrem Wesen nach Zwangsvollstreckung ist und demnach gemäß der allgemeinen Regel des Art. 173 Abs. 1 ZGB ausgeschlossen sein muß, zumal sie auch nicht unter den verschiedenen Ausnahmen der Art. 174 — 176 ZGB genannt ist.

Praktisch aktuell wird das Verbot der Betreibung auf Sicherheitsleistung vor allem beim Verlangen der unter Güterverbindung lebenden Ehefrau nach Sicherstellung ihres Frauengutes (Art. 205 Abs. 2 ZGB). Wird sie vom Ehemanne nicht freiwillig geleistet, dann hat die Frau also jedenfalls nicht das Mittel der Betreibung auf Sicherheitsleistung in der Hand¹¹. Trotzdem ist sie nicht schutzlos; denn Art. 183 Ziff. 2 ZGB gibt ihr das Recht, in einem solchen Falle vom Richter die Gütertrennung zu verlangen und zu deren Durchführung ist nunmehr die Betreibung ohne Beschränkung zulässig (Art. 176 Abs. 1 ZGB).

⁹ Vgl. die Art. 88, 154, 166 und 188 SchKG.

¹⁰ So BGE 40 III 8, 71 III 4; Egger, A. 205 N. 10; Maechler, S. 18; Erny S. 44/45; A. M.: Guhl, Festschr. Tuor, S. 13/14.

¹¹ An dieser Praxis muß u. E. festgehalten werden, auch entgegen Guhl (Festschr. Tuor, S. 13/14), der einer freieren Auslegung von Art. 173 ZGB das Wort redet und daher bei Verweigerung der Sicherstellung die Betreibung auf Sicherheitsleistung als „eine der vom Gesetz bezeichneten Ausnahmen“ zulässig sehen will.

Wird der Frau bei verlangter Gütertrennung der Arrest in dem von uns vorgeschlagenen Maße bewilligt, so hat sie ein in allen Fällen genügendes Mittel in Händen, sodaß auch praktisch kein Bedürfnis nach der Zulässigkeit der Betreibung auf Sicherheitsleistung mehr besteht; vgl. unsere Ausführungen hinten S. 27 ff.

3. **Der Arrest**: Gemäß herrschender Gerichtspraxis ist auch die Arrestnahme durch den einen Ehegatten über Vermögensstücke des andern schlechterdings verboten¹². Als Begründung wird ausgeführt, daß der Arrest eine Betreibungshandlung darstelle; dies gehe einmal aus der formellen Erwägung hervor, daß er im Betreibungsgesetz geregelt sei und es der Gesetzgeber als nötig erachtet habe, in Art. 56 SchKG die Nichtgeltung der Betreibungsferien für das Arrestverfahren ausdrücklich, im Sinne einer Ausnahme von der Regel, zu statuieren, was keinen Sinn gehabt hätte, wenn er den Arrest nicht eben als eine „Betreibungshandlung“ betrachtet hätte. Sodann falle jedoch namentlich in Betracht, daß der Arrest ebensosehr, wie die Betreibung im engeren Sinne (Betreibung auf Pfändung, Konkurs, Pfandverwertung) den Willen des Gläubigers zur Eintreibung seiner Forderung zutage treten lasse. Er stelle ein äußerst energisches Mittel in den Händen des Gläubigers dar, um die Befriedigung seiner Forderung durchzusetzen. Somit sei der Arrest letztlich nichts anderes als eine anticipierte Pfändung und gelte denn auch als Unterbrechungsgrund für die Verjährung nach OR.¹³ Art. 173 Abs. 1 ZGB beziehe sich aber auf die Zwangsvollstreckung in jeder Form und diese umfasse auch den Arrest und die Arrestbetreibung. Auch der Grund dieser Gesetzesbestimmung, daß es mit der ehelichen Gemeinschaft unvereinbar sei, daß sich die Ehegatten als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen und gegeneinander Zwangsmittel verwenden, treffe hier zu. Das Vorliegen einer Lücke im Gesetz könne nicht zugegeben werden und die gesetzlich zugelassenen Ausnahmen könnten nicht durch ausdehnende Interpretation vermehrt werden¹⁴.

Diesen Ueberlegungen muß u. E. grundsätzlich beige pflichtet werden; dazu kommt jedoch noch ein Weiteres: Der Arrest ist, auch wenn man ihn in erster Linie als Zwangssicherung und nicht als Zwangsvollstreckung betrachten will, unlöslich mit der

¹² BGE 42 III 348; Entsch. des zürcherischen Obergerichtes vom 12. 4. 1916, abgedruckt in ZR 16 Nr. 102; Entsch. der kant. bern. Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen vom 10. 2. 1914, abgedruckt in ZbJV 51 S. 429/30.

¹³ BGE 41 III 322 = Prax. IV Nr. 177; vgl. ferner BGE 38 I 278, 40 I 500; Art. 135 Ziff. 2 OR.

¹⁴ So Entscheid des zürcherischen Obergerichts vom 12. 4. 1916, abgedruckt in ZR 16 Nr. 102.

Betreibung im engeren Sinne verknüpft, ja sogar, er hat überhaupt erst im Hinblick auf die künftig folgende Betreibung einen Sinn. Letztere ist jedoch — wie wir gesehen — zwischen Ehegatten in der Regel unzulässig, und, sollte sie trotzdem angehoben worden sein, nichtig. Damit entfällt indessen auch der eigentliche Zweck des Arrestes, eine Sicherung von Vermögensstücken des Schuldners zu geben bis die Betreibung im engern Sinn nachfolgen kann, da diese ja gemäß zwingender Gesetzesvorschrift unmöglich ist. Im übrigen scheint uns die ratio legis des Art. 173 Abs. 1 ZBG weniger dahin zu gehen, daß das Gesetz nur die Zwangs vollstreckung im engsten Sinne des Wortes ausschließen will, sondern vielmehr, daß während andauernder Ehe kein Ehegatte gegenüber dem andern Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung seiner vermögensrechtlichen Ansprüche ergreifen können soll¹⁵. Unter diesem Gesichtswinkel muß auch die Arrestnahme prinzipiell als nicht zulässig betrachtet werden.

Und dennoch sind Fälle denkbar, wo die rücksichtslose Durchführung dieses Grundsatzes zu erheblichen Härten führen kann¹⁶: Nämlich immer dann, wenn die in Güterverbindung lebende Ehefrau¹⁷ ein Sicherungsmittel für Fälle dringender Gefahr (Durchbrennen des Ehemannes mit dem Geld, Verschwendungssucht etc.) in Händen halten sollte. Da sie die Sicherstellung ihres Frauengutes lediglich auf dem Umweg über die Gütertrennung erreichen und damit u. U. erst nach zeitraubenden Verhandlungen einen Arrest (gestützt auf Art. 176 Abs. 1 ZGB) erwirken kann, wird sie in vielen Fällen zu spät kommen und der „im Gesetz mit schönen Worten umschriebene Anspruch erhält ein ganz anderes Gesicht“¹⁸. Sie kann dann wohl ihre Ansprüche urteilsmäßig feststellen, nicht aber vollstrecken lassen, weil u. U. kein oder nur mehr unzureichendes Vermögen des Mannes da ist. In praxi wird sich dieser Sachverhalt zudem oft während der Pendenz eines Scheidungsprozesses ergeben, wo der Ehemann noch rasch vor

¹⁵ Im Gegensatz zu Etter, S. 107.

¹⁶ Vgl. zur Kritik an der bundesgerichtl. Praxis vor allem Schweizer, S. 109a ff. und HH. Meyer, S. 196.

¹⁷ Nach statistischen Erhebungen sind ca. 98 % aller seit Inkrafttreten des ZGB geschlossenen Ehen unter Güterverbindung eingegangen worden; vgl. Tuor, S. 164 Anm. 1.

¹⁸ Vgl. Schweizer, S. 109a.

der allfälligen güterrechtlichen Auseinandersetzung gewisse Vermögensstücke verschleudern oder sonstwie beiseite schaffen will. Zürcherische Gerichte haben sich angesichts solcher Verhältnisse schon einigemale damit beholfen, daß sie eine sog. „Beschlagnahme“ des Mannesvermögens für zulässig erklärten und sich dabei auf einen Anwendungsfall von vorsorglichen Maßnahmen i. S. von Art. 145 ZGB beriefen¹⁹. Diese Beschlagnahme erfolgt in den Formen des kantonalen Rechts, ist aber in ihren Wirkungen gar nichts anderes als ein Arrest. Die zürcherische Praxis erweckte daher ernste Bedenken und wurde denn auch seither fallen gelassen. Da es neben dem Arrest des SchKG für die Zwangssicherung von Geldforderungen keine kantonalrechtliche Beschlagnahme geben kann, ist sie als bundesrechtswidrig abzulehnen. Das Bundesgericht könnte sie jedoch schon deshalb nicht anerkennen, weil sie offenbar — wie der Arrest — gegen das Zwangsvollstreckungsverbot des Art. 173 Abs. 1 ZGB verstößt²⁰. Hingegen steht es dem Richter frei, im Rahmen der vorsorglichen Maßregel des Art. 145 ZGB die Gütertrennung anzuordnen. Zu deren faktischen Realisierung steht nunmehr, da es sich dabei um eine richterliche Gütertrennung i. S. von Art. 176 Abs. ZGB handelt, jedem Ehegatten die Zwangsvollstreckung ohne Beschränkung zur Verfügung²¹.

Eine Abhilfemöglichkeit sehen wir allein in einer weniger rigorosen und differenzierteren Handhabung des Arrestverbotes durch die Gerichte:

Zwar ist der Arrest in Uebereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Praxis grundsätzlich als Betreibungshandlung zu qualifizieren und daher als dem Zwangsvollstreckungsverbot unterworfen zu betrachten. In Fällen dringender Gefahr soll jedoch der unter Güterverbinding lebenden Ehefrau zur Sicherung ihres eingebrachten Gutes die Arrestnahme an Mannesvermögensstücken gestattet sein. Dabei ist zu unterscheiden, ob sich die Ehegatten in Scheidung befinden oder nicht. Trifft die Pendenza eines Schei-

¹⁹ Entscheid des Obergerichtes vom 17. 4. 1918, abgedruckt in ZR 18 Nr. 103, und Entscheid des Kassationsgerichts vom 18. 2. 1924, abgedruckt in ZR 23 Nr. 143.

²⁰ Ebenso Schweizer, S. 110a; Etter, S. 106; ähnlich Egger, A. 173 N. 3 und 6.

²¹ Vgl. auch die Ausführungen betr. die richterliche Gütertrennung unten S. 80 f.

dungsprozesses zu und wurde nicht gestützt auf Art. 145 ZGB die Gütertrennung angeordnet, so ist mit Etter²² darauf zu verweisen, daß in der Scheidungsklage die Klage auf Liquidation der güterrechtlichen Verhältnisse notwendigerweise miteingeschlossen und damit auch die Klage i. S. von Art. 278 SchKG implicite angehoben ist. Durch das Scheidungsurteil wird sodann endgültig entschieden, ob der Arrest dahinfällt oder prosequiert werden kann. Wird die Klage abgewiesen, muß der Arrest dahinfallen. Die Ehefrau, die einen Arrest während des Scheidungsprozesses herausnehmen will, hätte dem Richter die Höhe ihrer Forderung, einen Arrestgrund gemäß Art. 271 SchKG und eine Bescheinigung darüber, daß die Ehescheidungsklage eingeleitet ist, anzugeben. Zur gesetzlichen Begründung dieses Arrestes kann nunmehr unseres Erachtens — im Gegensatz zur kantonrechtlichen Beschlagnahme — Art. 145 ZGB herangezogen werden; diese Vorschrift muß, als auf das Scheidungsverfahren zugeschnittene, spezielle Norm, der allgemeinen des Art. 173 Abs. 1 ZGB vorgehen.

Ist die Hängigkeit eines Scheidungsprozesses nicht gegeben, so muß der Ehefrau die Arrestnahme gleichwohl auf Grund der allgemeinen Voraussetzungen des Art. 271 SchKG, verbunden allerdings mit Fristansetzung zur Einreichung des Begehrens um Gütertrennung und der Androhung, daß sonst der Arrest wieder dahinfallen würde, bewilligt werden.

In diesen beiden Fällen kann der Arrest auch seinen eigentlichen Zweck als vorsorgliche Sicherungsmaßnahme für die nachfolgende Betreibung i. e. S. erfüllen, da sowohl hier als dort die Prosequierung ohne weiteres möglich ist, sei es im Falle des Scheidungsurteils, weil das Zwangsvollstreckungsverbot nur für die Dauer der Ehe besteht, sei es beim Gütertrennungsurteil gestützt auf Art. 176 Abs. 1 ZGB.

B. Die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht

Das Befehlsverfahren

Die Zwangsvollstreckung muß jedoch nicht notwendigerweise auf dem Wege der Betreibung vor sich gehen. Denkbar sind auch

²² Etter, S. 107.

andere Arten der Inanspruchnahme der staatlichen Gewalt zur Durchsetzung von privatrechtlichen Ansprüchen. Dies immer dann, wenn es sich dabei nicht um Zwangsvollstreckung für Forderungen auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung durch Geldhinterlage handelt. Die Regelung der Zwangsvollstreckung für Ansprüche anderen Inhalts ist Sache des kantonalen Prozeßrechts²³. Sie erfolgt im allgemeinen auf dem Wege des sog. *Befehlverfahrens*²⁴.

Im Gegensatz zur Schuldbetreibung des SchKG handelt es sich hier um Realexekution, d. h. die Zwangsvollstreckung geht auf Uebergabe einer Sache oder auf Vornahme bzw. Unterlassung bestimmter Handlungen; sie setzt regelmäßig das Vorliegen einer richterlichen Feststellung des Anspruchs voraus. Auf Begehren des Berechtigten erläßt die Vollstreckungsbehörde einen Befehl an den Beklagten, der ihm je nach den Umständen die Vornahme bzw. Unterlassung der Handlung gebietet bzw. verbietet, verbunden mit der Androhung des Zwangsvollzuges manu militari, Buße oder Ueberweisung an den Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtl. Verfügung (Art. 292 StGB).

Auch hier greift das bundesrechtliche eheliche Zwangsvollstreckungsverbot ein²⁵. Allerdings — und diese Unterscheidung wird in diesem Zusammenhang besonders wichtig — erstreckt es sich auch hier bloß auf die vermögensrechtlichen Ansprüche des einen Ehegatten gegenüber dem anderen, d. h. also in der Regel auf Ansprüche, die auf Uebergabe einer Sache gehen. Anderen Maßnahmen dieser Vollstreckungsart, insbesondere also jenen, die ein persönliches Tun oder Unterlassen erzwingen wollen²⁶, steht das Verbot nicht entgegen.

²³ Vgl. Guldener, Bd. I S. 40, Bd. II S. 526 ff.; S. 527 Anm. 4; vgl. ferner Art. 97 Abs. 2 OR.

²⁴ So Zch. 373/75 ZPO, Luzern 318 ZPO, Uri 299 ZPO, Schwyz 469 ZPO, Obwalden 243 ZPO, Nidwalden 161 ZPO, Glarus 279 ZPO, Zug 222 ZPO, Solothurn 246 ZPO, Basel-Stadt 254 ZPO, Schaffhausen 337/38 ZPO, St. Gallen 456 Ziff. 1 ZPO, Graubünden 278 ZPO, Aargau 380 ZPO, Thurgau 316 ZPO, Tessin 545 ZPO, Waadt 601 ZPO, Wallis 377 ZPO.

²⁵ Vgl. Egger, A. 173, N. 3; Gmür A. 173 N. 4; Schweizer, S. 108a; *Entscheid des zürcherischen Obergerichtes vom 7. 11. 1941*, abgedruckt in ZR 41 Nr. 104.

²⁶ Ueber die Problematik dieser Exekution vgl. Andreas Heusler: *Der Zivilprozeß der Schweiz*, Mannheim 1923, S. 186 ff.

Die Frage, ob ein solcher vermögensrechtlicher Anspruch nicht schlechthin als „ein vom Richter auferlegter Beitrag“ i. S. des Art. 176 Abs. 2 ZGB aufzufassen und gestützt darauf ohnehin exequierbar ist, wird unten, Seite 86 ff., dieser Arbeit behandelt.

§ 4. Der zeitliche Geltungsbereich des Verbotes

I. Der Grundsatz

Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt das Verbot „während der Ehe“. Seine Wirksamkeit umfaßt daher die Zeitspanne zwischen bürgerlicher Eheschließung und Auflösung der Ehe, sei es durch Tod eines Ehegatten, sei es durch Scheidung oder Nichtigserklärung der Ehe. Maßgebend in den letzteren beiden Fällen ist der Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungs- bzw. Nichtigkeitsurteils. Grundsatz ist, daß solange die Ehe vor dem Gesetze noch besteht, auch das Zwangsvollstreckungsverbot in Kraft bleibt ¹.

II. Die Durchführung

Falsch wäre deshalb die Ansicht, die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung beschränke sich auf die Dauer des gemeinsamen Haushaltes. Gegen diese Auffassung spricht der Zusatz „während der Ehe“, der an und für sich für die Bedeutung der Vorschrift nicht nötig gewesen wäre. Die gegenteilige Meinung tut offensichtlich dem Wortlaut Zwang an. Das Verbot gilt somit auch in den folgenden Fällen:

1. Wenn die Ehegatten unter gerichtlicher Trennung leben². Gerade das Institut der Ehetrennung bezweckt in erster Linie die Versöhnung der Ehegatten und eine zugelassene Zwangsvollstreckung wäre dieser zweifelsohne nicht förderlich.

Logischerweise muß es damit auch beim Stillstand der Ver-

¹ BGE 42 III 351.

² Egger: A. 173 N. 6; Gmür, A 173 N. 5; Entscheid des zürcherischen Obergerichts v. 22. 7./5. 8. 1916, abgedr. in ZR 16 Nr. 197, bestätigt durch das Bundesgericht mit Entscheid vom 15. 9. 1916, abgedr. in Prax. V, Nr. 175; ferner Entsch. des zürcherischen Obergerichtes v. 14. 8. 1920, bestätigt durch das Bundesgericht mit Entsch. v. 17. 9. 1920, beide abgedruckt in ZR 20 Nr. 62.

jährung der gegenseitigen Ansprüche der Ehegatten nach Art. 134 Abs. 1 Ziffer 3 OR bleiben³.

2. Wenn die Ehegatten in „Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes“ gemäß Art. 170 Abs. 1 ZGB getrennt leben⁴. Hier handelt es sich um eine eigentliche Eheschutzmaßnahme, indem den Ehegatten vom Richter das Getrenntleben bewilligt wird in *der* Meinung, daß sie dadurch zur Besinnung und Einsicht geführt werden könnten. Sie ist nur als vorübergehende Maßnahme gedacht und hat unmißverständlich die Erhaltung der Ehe im Auge. Daher findet sie sich im Gesetz unter dem gleichen Titel „E. Schutz der Gemeinschaft“, wie das Zwangsvollstreckungsverbot und es wäre widersinnig, wollte man Rechtsinstitute, die beide den Schutz der Ehe zum Ziel haben, gegeneinander ausspielen.

3. Wenn sich die Ehegatten in Scheidung befinden⁵. Die bloße Hängigkeit eines Scheidungsprozesses kann selbstverständlich nicht zur Folge haben, daß dadurch die Zwangsvollstreckung unbeschränkt gestattet wird⁶. Dies läßt sich auch nicht einfach damit begründen⁷, daß man sich auf den Standpunkt stellt, die *ratio legis* des Art. 173 Abs. 1 ZGB treffe nicht mehr in gleicher Weise und mit gleicher Durchschlagskraft zu, weil die Ehegatten nunmehr auf einem ganz anderen Boden stünden und daher das Verbot, das im Interesse der ehelichen Gemeinschaft aufgestellt wurde, hier nicht mehr gerechtfertigt sei. — Dem gegenüber ist auf die Konsequenzen zu verweisen, die eine derartig unbeschränkte Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung während des Scheidungsprozesses zur Folge hätte: Wird die Ehe nachher auch tatsächlich geschieden, mag es noch angehen. Wird indessen die Scheidungsklage abgewiesen und besteht demzufolge die Ehe vor dem Gesetze wieder ohne den Makel einer hängigen Scheidung, so müßte doch wohl das Verbot des Art. 173 Abs. 1 ZGB wieder vollumfänglich durchgreifen und alle allfällig noch be-

³ So Becker A. 134 N. 5; Fick A. 134 N. 8; V. Thur/Siegiwart, S. 666 N. 98; Arrêt du 16. VIII. 40 du Trib. cant. Vaud. chambre de recours, abgedr. in SJZ S. 297; A. M.: Oser/Schönenberger, A. 134 N. 7.

⁴ Entscheidungen des zürcherischen Obergerichtes vom 14. 8. 1920 und des Bundesgerichts vom 17. 9. 1920, beide abgedruckt in ZR 20 Nr. 62.

⁵ BGE 71 III 4/5; 42 III 350/51; ZR 16 Nr. 197; 17 Nr. 193; 18 Nr. 98.

⁶ Vorbehalten bleibt der Arrest; vgl. oben S. 26 ff.

⁷ Wie Etter S. 107 es tut; vgl. auch Schweizer, S. 108a ff.

stehenden Betreibungen sistiert werden. Damit käme es schließlich lediglich auf die Geschicklichkeit der betreibenden Partei an, den zwar an und für sich hoffnungslosen Scheidungsprozeß wenigstens solange hinauszuzögern, bis ihre Betreibung abgeschlossen ist. Ferner müßte mit der Gefahr gerechnet werden, daß eine Partei, lediglich um die Zwangsvollstreckung durchzusetzen, die Scheidungsklage einreichen würde, obwohl es ihr damit gar nicht ernst ist oder sie zum vornherein weiß, daß sie abgewiesen werden wird.

§ 5. Der persönliche Geltungsbereich des Verbotes

I. Der Grundsatz und dessen Durchführung

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dem Vollstreckungsverbot *nur* die Ehegatten unterworfen sind. Daran läßt sich nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nichts deuteln und es kann das Verbot nicht etwa durch Analogieschluß auf Personen, die in einem ähnlich nahen familienrechtlichen Verhältnis zueinanderstehen, ausgedehnt werden. Eine Ausnahmebestimmung, wie sie Art. 173 Abs. 1 ZGB darstellt, darf nicht ausdehnend interpretiert werden und wenn der Gesetzgeber bei der Regelung von ähnlichen Verhältnissen eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht vorgesehen hat, so ist *e contrario* daraus zu schließen, daß er ihnen eben nicht den gleichen Schutz verleihen wollte¹.

So ist insbesondere die Zwangsvollstreckung in den nachfolgenden beiden Fällen regelmäßig nicht ausgeschlossen:

1. Zwischen Verlobten; ein Fall, der praktisch nur äußerst selten vorkommen dürfte. Allfällig bei Abschluß der Ehe noch bestehende Betreibungen müßten ohne weiteres dahinfallen².

2. Zwischen Eltern und Kindern. In der Literatur wird mit

¹ Für diese Auffassung spricht auch der Umstand, daß der Gesetzgeber im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen überlebendem Ehegatten und gemeinsamen Kindern ein analoges Zwangsvollstreckungsverbot ausdrücklich statuiert hat, vgl. Art. 230 Abs. 3 ZGB; ferner BGE 40 I 42.

² Vgl. Gmür A. 173 N. 6; dies gilt überdies für alle Betreibungen, die im Zeitpunkt des Eheschlusses bestehen, handle es sich nun um Verlobte oder nicht.

Recht verschiedentlich darauf hingewiesen, daß im Eltern-Kinder-Verhältnis mindestens die gleichen Pietätsrücksichten für den Ausschluß der Zwangsvollstreckung sprechen würden, wie unter Ehegatten³. Immerhin darf nicht übersehen werden, daß sich grundsätzlich deren teilweiser Ausschluß daraus ergibt, daß im allgemeinen die Forderungen der Kinder gegen die Eltern erst mit Beendigung der elterlichen Gewalt fällig werden, da erst dann die Eltern das Kindesvermögen herausgeben müssen⁴. Deshalb wird dem Kinde, solange es unter elterlicher Gewalt steht, bei Betreibungen der Eltern durch Dritte, ein Anschlußrecht bei Pfändung, bzw. die Beteiligung am Konkurse, gewährt⁵. — Im übrigen ist indessen daran festzuhalten — mag man dies auch bedauern —, daß die Zwangsvollstreckung im Verhältnis Eltern-Kinder, soweit sie nicht mangels Fälligkeit der einzelnen Forderungen ausgeschlossen ist, regelmässig zulässig ist und jedenfalls die Anhebung einer solchen Betreibung nicht gestützt auf Art. 173 Abs. 1 ZGB umgestoßen werden kann. — Ist das Kind aus der elterlichen Gewalt entlassen, sei es auf Grund der erreichten Volljährigkeit, sei es zufolge Entzuges der elterlichen Gewalt, so stehen der Anwendung der Zwangsvollstreckung zumindest keine rechtlichen Schranken mehr entgegen⁶.

II. Die Abtretung der Forderung an Dritte

In den persönlichen Geltungsbereich des Verbotes spielt sodann die Frage, ob im Falle der Abtretung von Forderungen eines Ehegatten gegenüber dem andern an einen Dritten das Zwangsvollstreckungsverbot auch gegenüber dem Zessionaren gelten soll. Das Bundesgericht und das Zürcher Obergericht haben je in einem Entscheid zu dieser Frage Stellung genommen und sind beide

³ Vgl. Gmür, A. 173 N. 8 A; Curti, A. 173 N. 7.

⁴ Art. 229 ZGB; vgl. auch Egger A. 301 N. 1; Gisler, S. 12. Die Durchführung der Betreibung setzt grundsätzlich die Fälligkeit der Forderung voraus. Betreibt der Gläubiger den Schuldner vor Fälligkeit der Forderung, so kann Letzterer auf dem Wege des Rechtsvorschlags die angehobene Betreibung beseitigen. Vgl. V. Thur/Siegrwart, S. 483, Raggenbaß S. 33. Keine Fälligkeit wird jedoch zur Ausübung des Anschlußrechtes gem. Art. 111 SchKG verlangt.

⁵ Art. 301 ZGB in Verbindung mit Art. 111 SchKG.

⁶ Vgl. den Fall einer solchen Betreibung: BGE 66 II 4.

zu einem verneinenden Schluß gekommen⁷. Beide Gerichte stellen sich im wesentlichen auf den Standpunkt, daß sonst die Ehegatten in der Befugnis zur Verfügung über ihr Vermögen beschränkt würden, eine solche Tragweite indessen dem Art. 173 Abs. 1 ZGB nicht beigemessen werden dürfe. Vorbehalten bleibe allerdings das eheliche Güterrecht. Stehe jedoch aus diesem der Abtretung nichts entgegen, so zessiere gegenüber dem Erwerber der Forderung der Grund des Verbotes — nämlich der Schutz der ehelichen Gemeinschaft —, so daß ihm gegenüber keine Einrede mehr daraus hergeleitet werden könne.

Das Hauptargument, das sich gegen diese Lösung einwenden läßt, besteht darin, daß geltend gemacht werden kann, dem schuldnerischen Ehegatten müßten die gleichen Einreden gegenüber dem Zessionaren zugestanden werden, die er gegenüber seinem Ehegatten zu erheben in der Lage gewesen wäre. Es ist ein anerkannter Grundsatz des Zessionsrechtes, daß der Schuldner gegenüber dem neuen Gläubiger nicht schlechter gestellt sein darf, als gegenüber dem alten⁸. — Zu dieser Frage nimmt keiner der beiden erwähnten Entscheide eindeutig Stellung. Dennoch muß u. E. der Auffassung des Bundesgerichtes beige pflichtet werden. Vermögensstücke, seien es nun körperliche Sachen oder Rechte, müssen durch einen Ehegatten innerhalb der vom Gesetze vorgeschriebenen Formen jederzeit rechtsgültig veräußert bzw. abgetreten werden können, vorausgesetzt, daß ihm daran nicht zufolge des ehelichen Güterrechts die Verfügungsmacht genommen ist. Daß im Falle der Abtretung einer Forderung dieser die Nichtvollstreckbarkeit gestützt auf Art. 173 Abs. 1 ZGB anhaften soll, kann indessen nicht im Sinne des Gesetzes liegen⁹. Eine solche Forderung würde dadurch einen ganz beträchtlichen Teil ihres Wertes einbüßen, da folgerichtigerweise die Einrede der Nichtvollstreckbarkeit auch jedem Dritt-, Viert- etc. -zession-

⁷ BGE 49 III 165; Entscheid des zürcherischen Obergerichtes vom 20. II. 1928, abgedruckt im ZR 28 Nr. 161; A. M.: Droin, S. 163; Urteil vom 14. II. 1925 des Kantonsgerichtes Tessin, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, abgedruckt in SJZ 22 S. 120.

⁸ Vgl. Art. 169 Abs. 1 OR; ferner V. Thur/Siegwart, S. 805; Guhl, S. 196.

⁹ Gl. M. Rüttener, S. 164 N. 4; A. M.: Müller, S. 134/35; Oser/Schönenberger, A. 164 N. 30, will die Zession von Forderungen zwischen Ehegatten schlechthin ausgeschlossen wissen.

naren entgegengehalten werden könnte. So weit geht indessen die Bestimmung des Art. 173 Abs. 1 ZGB keinesfalls; sie hat lediglich die Zwangsvollstreckung zwischen Ehegatten im Auge wegen der darin liegenden Pietät- und Rücksichtslosigkeit. Auf einen Dritten treffen indessen solche Erwägungen nicht zu, auch dann nicht, wenn es sich ursprünglich um eine Forderung des einen Ehegatten gegenüber dem andern handelte. Das Verbot ist — wie wir gesehen — nicht zum Schutze des einen Ehegatten gegenüber dem andern, sondern eben vielmehr im höhern Interesse der ehelichen Gemeinschaft erlassen und soll in allererster Linie deren Schutz dienen. Insofern kann auch von einer Schlechterstellung des schuldnerischen Ehegatten gegenüber dem Zessionaren keine Rede sein. Zuzugeben ist, daß in einer solchen Regelung die Gefahr des Mißbrauchs liegt. Es muß damit gerechnet werden, daß sich ein Ehegatte zur zwangsmäßigen Durchsetzung seiner Forderungen gegenüber dem andern mittels Scheinzession eines Dritten bedient, welcher zwar nach Außen rechtsgültig die Forderung erworben hat, in Tat und Wahrheit jedoch bloß als Strohmann figuriert und nach erfolgreich abgeschlossener Zwangsvollstreckung den Scheinzedenten, d. h. den Ehegatten, in den Genuß des Erlangten setzt. Das Vorliegen eines derartigen Tatbestandes wird von Fall zu Fall abzuklären sein. Gegebenenfalls kann der Zessionsvertrag gestützt auf Art. 18 Abs. 2 OR (Simulation) als nichtig erklärt werden, möglicherweise kann auch Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmißbrauch) herangezogen werden.

III. Die besondere Stellung der Berufs- und Gewerbefrau

Da das Zwangsvollstreckungsverbot vorbehaltlos für alle Ehegatten gilt, trifft es auch die sog. „Berufs- und Gewerbefrau“ (Art. 167 ZGB). Hier kann es sich u. U. als nachteilig erweisen, nämlich immer dann, wenn die Ehefrau als selbständige Berufs- und Gewerbefrau mit ihrem Manne in geschäftliche Beziehungen tritt. Da kann es vorkommen, daß wechselseitige Forderungen, deren Beibringung im Interesse der Gemeinschaft wünschenswert oder gar notwendig erscheint, nicht durchgesetzt werden können¹⁰.

¹⁰ Vgl. Gmür, A. 173 N. 15.

In diesem Falle bleibt ihr nichts anderes übrig, als solche Forderungen entgeltlich an Dritte zu zedieren, welche letzteren dann die zwangsweise Eintreibung ohne weiteres möglich ist ¹¹.

§ 6. Die güterrechtlichen Wirkungen des Verbotes

I. Allgemeines

Derjenige Teil der Wirkungen, die sich als unmittelbare Folge der Fixierung des Verbotes als eine um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellte Vorschrift ergaben, ist bereits oben, Seite 20 ff., behandelt worden. Hier wird vor allem zu untersuchen sein, inwieweit das Verbot in seinen Auswirkungen das eheliche Güterrecht tangiert.

Ausgangspunkt muß die Feststellung sein, daß das Zwangsvollstreckungsverbot unter Ehegatten zu den „Wirkungen der Ehe im allgemeinen“ (Art. 159 ff. ZGB) gehört und es deshalb gleichgültig ist, unter welchem Güterstande die Ehegatten leben; m. a. W. das Verbot gilt unter allen Güterständen, insbesondere auch unter Gütertrennung ¹. Im weiteren gilt es aber auch für alle Arten von vermögensrechtlichen Ansprüchen ohne Rücksicht auf ihre Natur, seien sie nun im ehelichen Güterrecht, in der familienrechtlichen Unterhaltspflicht oder als besondere Vertrags- oder Deliktsschulden begründet ². Wäre dem nicht so, so würde ja der Schutz des Art. 173 Abs. 1 ZGB illusorisch. Folgerichtig werden denn auch die zwischen Ehegatten bestehenden Forderungen für die Dauer der Ehe als unverjährbar erklärt (Art. 134 Ziff. 3 OR).

Soweit es sich um Forderungen handelt, die ihren Entstehungsgrund nicht im ehelichen Güterrecht haben, gibt das sie erfassende Zwangsvollstreckungsverbot zu keinerlei Diskussionen Anlaß, da die Voraussetzungen, unter denen solche Forderungen entstehen können, für beide Ehegatten die gleichen sind und auch das Verbot in gleicher Weise für Mann und Frau Geltung hat. Schwierigkeiten treten hingegen dort auf, wo der eine Ehegatte — regelmäßig wird dies die Ehefrau sein — mit oder nach Ein-

¹¹ So auch Rüttener, S. 164.

¹ Vgl. Gmür, A. 173 N. 1; Rossel/Mentha, S. 301; Tuor, S. 175.

² BGE 40 I 42; vgl. ferner Gmür A. 173 N. 13.

gehung der Ehe auf Grund des gewählten Güterstandes gezwungen wird, das Eigentum oder doch gewisse Befugnisse über sein Vermögen aus der Hand zu geben.

II. Ersatzforderungen der Ehefrau

Dies ist vorab der Fall bei Güterverbindung, wo die Frau die Verwaltungs-, Nutzungs- und grundsätzlich auch die Verfügungsmacht über ihr in die Ehe eingebrachtes Gut verliert. Damit geraten diese Vermögensstücke in eine besondere Machtbefugnis des Mannes und sind dadurch — vom Standpunkt der Frau aus gesehen — besonderer Gefahr ausgesetzt. Wenn daher wegen diesen güterrechtlichen Befugnissen die Frau an ihrem Vermögen zu Verlust gekommen ist, so kann sie unter noch näher zu untersuchenden Fälligkeitsvoraussetzungen für die nicht mehr vorhandenen Vermögenswerte eine obligatorische Ersatzforderung gegenüber dem Ehemanne geltend machen. — Ferner geht beim Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft das eingebrachte Gut der Ehefrau in das Gesamtgut, bei Gütereinheit das eingebrachte Gut in das Eigentum des Ehemannes über und haftet damit den Gläubigern des letzteren. Das Gleiche trifft bei Güterverbindung für das von der Ehefrau eingebrachte bare Geld und andere vertretbare Sachen, wie insbesondere Inhaberpapiere, zu. In all diesen Fällen tritt an Stelle des abgegebenen Eigentums eine Ersatzforderung an den Ehemann zu Gunsten der Ehefrau³.

Gemeinsam ist allen diesen Forderungen, daß es sich stets um eine Verminderung des eingebrachten Frauengutes handelt, und sie werden deshalb auch als **Frauengutsforderungen** bezeichnet.

Eine weitere Kategorie von Forderungen, wie sie zwischen Ehegatten als direkte Folge des Güterstandes entstehen können, sind die sog. **Ausgleichsforderungen**. Diese entstehen bei Güterverbindung dadurch, daß Schulden, für die an und für sich das eingebrachte Gut des einen Ehegatten haftet, aus dem Vermögen des andern getilgt wurden, oder aber, daß Sondergutschulden der Ehefrau aus dem ehelichen Vermögen, oder Schul-

³ Vgl. die Art. 199, 201 Abs. 3, 210, 224 ZGB.

den, für die das eheliche Vermögen haftet, aus dem Sondergut bezahlt wurden⁴. - Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft kommen sie entweder dadurch, daß Gemeinschaftsschulden aus dem Sondergut, oder dadurch, daß Sondergutsschulden aus dem Gesamtgute getilgt wurden, zur Entstehung⁵.

Es zeigt sich somit, daß während bestehender Ehe güterrechtlich bedingte Ersatzforderungen des einen Ehegatten gegenüber dem andern, seien es nun Frauengutsforderungen oder Ausgleichsforderungen, entstehen können⁶; wie steht es nun aber um ihre Vollstreckbarkeit?

Auch für sie gilt ohne allen Zweifel das Zwangsvollstreckungsverbot, soweit nicht die besonderen Ausnahmen der Art. 174 bis 176 ZGB vorliegen. Doch ergibt sich ihr weitgehender Ausschluß auch hier, ähnlich demjenigen für Forderungen im Eltern-Kinder-Verhältnis, schon aus der mangelnden Fälligkeit der einzelnen Forderungen.

Die Frauengutsforderung wird im allgemeinen erst durch eine Liquidation (Tod eines Ehegatten) oder eine Auseinandersetzung aus zwingendem Grund (Scheidung, Nichtigkeit der Ehe, Durchführung der Gütertrennung) der güterrechtlichen Verhältnisse fällig. Mit Ausnahme der vertraglichen Gütertrennung gibt das Gesetz der Frau für alle diese Fälle das Mittel der Zwangsvollstreckung in die Hände, da das Verbot nach erlassenen Scheidungs- bzw. Nichtigkeitsurteil nicht mehr gilt und ferner zur Durchführung der durch Gesetz oder vom Richter verlangten Gütertrennung die Zwangsvollstreckung unbeschränkt zugelassen ist (Art. 176 Abs. 1 ZGB).

Was nunmehr die Fälligkeit der Ausgleichsforderungen anbetrifft, so ist diese je nachdem, ob das gemeinsame Interesse der Ehegatten tangiert erscheint oder nicht, eine verschiedene. Ueber die Sonderinteressen des einzelnen Ehegatten an seinem im ehelichen Vermögen befindlichen Gut stellt das Gesetz das gemeinsame Interesse beider Ehegatten daran, daß das ein wirtschaftliches Ganzes darstellende eheliche Vermögen nicht durch interne Verschiebung in seiner Zweckbestimmung gehemmt wer-

⁴ Art. 209 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 206, 207, 208 ZGB.

⁵ Art. 223 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 219, 220, 221 ZGB.

⁶ Vgl. auch Egger, A. 209 N. 8.

de⁷. Deshalb soll die Fälligkeit bei Güterverbindung erst mit Aufhebung derselben eintreten, wenn die Ausgleichsforderung eine Verschiebung innerhalb des ehelichen Vermögens, d. h. also zwischen den eingebrachten Gütern, zum Ziele hat (Art. 209 Abs. 1 ZGB). Kein Grund zu einer solchen Aufschiebung der Fälligkeit besteht indessen dann, wenn der Gemeinschaft gewidmetes Vermögen und solches, das den Ehegatten persönlich zu dienen bestimmt ist, auszugleichen sind. Deshalb tritt sofortige Fälligkeit immer dann ein, wenn eheliches und Sondergut oder nur die beiden Sondergüter der Ehegatten einander gegenüberstehen⁸.

Dort wo die Fälligkeit erst mit Beendigung der Güterverbindung eintritt, sei dies nun durch Auflösung der Ehe oder Eintritt eines anderen Güterstandes, bleibt es jedenfalls schon mangels Fälligkeit der Forderung beim Ausschluß der Zwangsvollstreckung⁹. Findet die Güterverbindung ihr Ende durch Auflösung der Ehe, so steht einer zwangsweisen Eintreibung der Forderung, analog wie bei der Frauengutsforderung, nichts mehr entgegen. Aendert nachträglich der Güterstand, ist zu unterscheiden, ob durch Ehevertrag gem. Art. 179 Abs. 1 und 2 ZGB ein neuer Güterstand gewählt wird, oder ob die Aenderung der güterrechtlichen Verhältnisse auf den durch richterliches Urteil verhängten oder kraft Gesetzes eintretenden außerordentlichen Güterstand der Gütertrennung hinausläuft. Im letzteren Fall ist auch für die Ausgleichsforderung die Betreibung gestützt auf Art. 176 Abs. 1 ZGB ohne weiteres zulässig, im Falle der durch Vertrag bedingten Aenderung ist sie jedoch ausgeschlossen.

Aber auch in jenen Fällen der sofort eintretenden Fälligkeit der Ausgleichsforderung kann aus dieser Tatsache nicht auf die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung geschlossen werden, wenn auch einerseits Art. 209 Abs. 2 ZGB sagt, der Ausgleich könne schon während bestehender Güterverbindung¹⁰ „gefordert“ werden, anderseits Art. 223 Abs. 2 ZGB bei der Gütergemeinschaft von „geltend gemacht werden können“ spricht. Dieser Wortlaut weist im Gegenteil darauf hin, daß nichts mehr als die bloße

⁷ Vgl. Erl. S. 204; ferner Müller, S. 129.

⁸ Vgl. Art. 209 Abs. 2 und Art. 223 Abs. 2 ZGB.

⁹ So Egger, A, 209 N. 8.

¹⁰ Das Gesetz spricht zwar von „während der Ehe“ und ist hierin ungenau, es meint schon „während der Güterverbindung“; vgl. Müller, S. 129 Anm. 4.

Fälligkeit angeordnet werden will, was sich überdies unzweideutig aus dem Marginale zu Art. 209 ZGB ergibt¹¹.

Indessen steht der Abtretung dieser Forderung an Dritte und der allfällig zwangsweisen Geltendmachung durch diese e. E. nichts entgegen; die Voraussetzung der Fälligkeit ist gegeben und der Abtretung an sich steht aus dem ehelichen Güterrecht kein Hindernis im Weg¹².

Frauengutsforderung und Ersatzforderung werden überdies regelmäßig dann fällig, wenn über den Ehemann der Konkurs eröffnet oder von dritter Seite Vermögensstücke des Ehemannes gepfändet werden¹³. Auch hier steht jedoch laut ausdrücklicher Gesetzesvorschrift der Anwendung, oder — zutreffender — der Teilnahme an der Zwangsvollstreckung, nichts im Wege (Art. 174 ZGB).

III. Die Wirkungen unter Gütertrennung insbesondere

Wie ausgeführt, erfaßt das Verbot kraft seiner allgemeinen Wirkung auch die unter Gütertrennung lebenden Ehegatten. In der Literatur wird verschiedentlich auf in dieser Regelung liegende Ungerechtigkeiten für die Ehefrau verwiesen¹⁴, indem angeführt wird, es könne vorkommen, daß die unter Gütertrennung lebende Ehefrau trotz dieses Güterstandes ihr Vermögen oder wenigstens gewisse Teile desselben ihrem Manne zur Verwaltung anvertraue, oder aber, daß sie ihm ein Darlehen mache. Bei solcher Sachlage fehle nunmehr während der Dauer der Ehe der Frau jede Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung ihres Anspruches. Wolle der Ehemann ihre Vermögenswerte nicht herausgeben, so sei die Frau einfach machtlos, es wäre denn, daß von dritter Seite der Mann gepfändet oder der Konkurs über ihn eröffnet werde, so daß die Frau ihre Ansprüche anmelden könne. Letztere hätte also wohl das Recht, das Vermögen wieder an sich

¹¹ So Egger, A. 209 N. 8; Gmür A. 209 N. 14 in fine (vgl. dazu die Berichtigung zu dieser Best. daselbst S. XVI); Rossel/Mentha, S. 366/67; Müller, S. 133; Rüttener, S. 195; Bloch, S. 49; Ott, S. 307; A. M.: Curti, A. 209 N. 18; Subilia, S. 234; Schweizer, S. 112a.

¹² Daran ist festzuhalten, insbesondere auch gegen Müller, S. 134.

¹³ Art. 210 Abs. 1, 224 Abs. 1; vgl. ferner Art. 174 ZGB.

¹⁴ So insbesondere Schweizer, S. 111a ff. und ZSR 47, S. 227a ff.; ähnlich HH. Meyer, S. 194 ff.

zu ziehen (vgl. Art. 242 Abs. 3 ZGB), dieses Recht sei jedoch nicht vollstreckbar.

Allein, dem gegenüber ist ein Doppeltes nicht zu vergessen: Zum ersten gilt der Ausschluß des Exekutionsrechts — was Schweizer übersieht — gleichermaßen für beide Ehegatten. Es kann sehr wohl auch der Fall eintreten, daß der in Gütertrennung lebende Ehemann seiner Frau ein Darlehen gewährt bzw. sein Vermögen der Frau zur Verwaltung anvertraut. Sodann ist es eben Wesen und Zweck des Güterstandes der Gütertrennung, daß jeder Ehegatte sein Vermögen in eigenen Händen behält und selbst verwaltet. Will die Ehefrau die Verwaltung ihres Gutes dem Manne überantworten, so stellt ihr das Gesetz den Güterstand der Güterverbindung mit allen seinen daraus resultierenden Vorteilen (Sicherstellungsanspruch, Betreibungsprivileg) zur Verfügung. Wählt sie trotzdem die Gütertrennung, so hat sie sich eben über die daraus entstehenden Folgen zum vornherein im Klaren zu sein und, falls sie dies nicht ist, sie schlechterdings zu tragen¹⁵.

Unter diesem Gesichtswinkel kann richtigerweise von einer einseitigen Benachteiligung der Ehefrau nicht gesprochen werden. Es sei indessen zuzugeben, daß sich aus der absoluten Geltungskraft des Art. 173 Abs. 1 ZGB auf diesem Gebiete u. U. gewisse Härten theoretisch konstruieren lassen; praktisch sind die geäußerten Bedenken wenig relevant¹⁶. Es darf u. E. keinesfalls soweit gegangen werden, „daß - wie Schweizer verlangt¹⁷ - alle Fälle, wo der Frau das Recht gegeben ist, eine Leistung schon während der Ehe zu verlangen, als vom Gesetze bezeichnete Aus-

¹⁵ In diesem Sinne auch Ott, S. 298/99.

¹⁶ Da die Gütertrennung nie automatisch und stillschweigend, wie etwa die Güterverbindung, zwischen zwei Ehegatten zur Geltung gelangt, sondern immer ein sie aussprechender formeller Akt dazugehört (Ehevertrag: öffentliche Beurkundung, Art. 181 ZGB; für Rechtskraftwirkung gegenüber Dritten Eintrag im Güterrechtsregister, Art. 181 Abs. 3 und 248 ZGB; gesetzliche oder richterliche Gütertrennung: Eintrag ins Güterrechtsregister von Amtes wegen, Art. 186 Abs. 3 ZGB), werden sich die Ehegatten in eigenem Interesse regelmäßig bereits in diesem Zeitpunkt über die Folgen der eintretenden Gütertrennung ins Klare setzen. Der bei Güterverbindung häufige Fall, daß Ehegatten überhaupt erst bei Scheidung oder Tod des einen sich bewußt werden, daß sie bisher unter Güterverbindung gelebt hatten, ist bei Gütertrennung undenkbar.

¹⁷ A. a. O., S. 112 a.

nahmen vom Zwangsvollstreckungsverbot zu betrachten seien“. Eine derartige Auslegung des Art. 173 Abs. 1 ZGB käme seiner weitgehenden Ausschaltung gleich und es wäre nicht mehr der Ausschluß, sondern die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung die Regel, ganz abgesehen davon, daß in praxi die Entscheidung der Frage, wann nun der Ehefrau das Recht gegeben ist, eine Leistung schon während der Ehe zu verlangen, auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen dürfte.

Können de lege lata keinerlei Zweifel darüber bestehen, daß auch die in Gütertrennung lebenden Ehegatten dem Verbot schlechthin unterworfen sind, rechtfertigen u. E. auch die Bedenken Schweizers über allfällige in dieser Regelung liegende Härten für die Ehefrau — da solche jedenfalls nicht einseitig zu ihren Ungunsten auftreten und zudem voraussehbar und deshalb vermeidbar sind — keine so weitgehende Modifizierung der Interpretation des Art. 173 Abs. 1 ZGB.

Hingegen muß u. E. einer von HH. Meyer angestellten Ueberlegung bezüglich des Verhältnisses von Art. 173 Abs. 1 ZGB zu Art. 242 Abs. 3 ZGB beigeppflichtet werden¹⁸. Die letztere Vorschrift bestimmt: „Ein Verzicht der Ehefrau auf das Recht, die Verwaltung jederzeit wieder an sich zu ziehen, ist nicht verbindlich“. Hält man sich nunmehr an die konsequente Auslegungspraxis der Art. 174 — 176 ZGB, wonach dort die Ausnahmen vom Verbot *limitativ* aufgezählt sind¹⁹, so ist auch für die Wiederansichziehung der Verwaltung ihres Gutes gegenüber dem Ehemanne die Anwendung der Zwangsvollstreckung durch die Frau nicht gegeben. Es könnte die Ehefrau, falls sich der Ehemann widersetzt, wohl gegen ihn klagen und ein rechtskräftiges Urteil zur Einsetzung in ihre Verwaltungsrechte erzielen, aber vollstrecken könnte sie dieses Urteil nicht. Damit hängt aber Art. 242 Abs. 3 ZGB in der Luft und wird hier zu einer jener Bestimmungen, die bloß auf dem Papiere stehen. Eine mögliche Korrektur sehen wir allein in Heranziehung des Art. 1 ZGB. Zur Begründung mag vorerst eine Erwägung des Bundesgerichtes in BGE 40 III 9 beigezogen werden, worin es das Begehren einer Ehefrau zur

¹⁸ A. a. O.: S. 195/96.

¹⁹ Vgl. BGE 40 III 9; ferner hinten S. 48 und die dort in Anm. 2 aufgeführten Zitate.

Anwendung der Betreibung auf Sicherheitsleistung durch den Ehemann unter Hinweis auf den *numerus clausus* der Ausnahmen der Art. 174 — 176 ZGB ablehnt. Nichtsdestoweniger sei die Ehefrau nicht ohne Rechtsschutz, denn gemäß Art. 183 ZGB könne sie wegen der nicht geleisteten Sicherheit vom Richter die Anordnung der Gütertrennung verlangen, zu deren Durchführung gem. Art. 176 Abs. 1 ZGB die Zwangsvollstreckung möglich sei; wörtlich heißt es dann weiter: „Eine andere Auffassung wäre nur dann zulässig, wenn das Gesetz an die Verweigerung der Sicherheitsleistung durch den Mann überhaupt keine Rechtsfolgen knüpfte, die Frau also ohne Betreibung auf Sicherstellung überhaupt kein Mittel hätte, um sich Schutz für ihre Ansprüche zu verschaffen, da dann wohl angenommen werden dürfte und müßte, daß die Nichteinziehung der Betreibung auf Sicherstellung unter die Ausnahmen der Art. 174—176 ZGB bloß auf einem Versehen beruht, das nach Art. 1 ZGB in Ergänzung des gesetzgeberischen Willens vom Richter berichtigt werden könnte“. — Diese Überlegungen treffen im vorliegenden Falle zu. Bei Art. 242 Abs. 3 ZGB handelt es sich allerdings um eine Bestimmung, an die der Gesetzgeber, falls der Mann die Herausgabe des Frauengutes verweigert, keine weiteren Rechtsfolgen geknüpft hat, so daß der Frau ohne Zwangsvollstreckung überhaupt kein Weg offen steht, um sich die notwendige Nachachtung ihres Rechtsanspruches zu verschaffen. Hier liegt eine Lücke im Gesetz vor, die vom Richter gemäß Art. 1 ZGB zu ergänzen wäre. Der Erhärtung dieser Auffassung mag sodann noch folgende Erwägung dienen: Die Vollstreckung des Urteils, mit dem der Ehefrau die Verwaltung ihres Vermögens zugesprochen wird, wird nicht auf dem Wege der Betreibung (wie HH. Meyer fälschlicherweise annimmt), sondern auf dem Wege des kantonalrechtlichen Befehlsverfahrens vor sich gehen²⁰. Auch dieses unterliegt jedoch — wie ausgeführt — dem Verbot des Art. 173 Abs. 1 ZGB. Nun haben die in den Art. 174—176 ZGB statuiert-

²⁰ Beim Entzug der Verwaltungsrechte des Ehemannes am Vermögen der Gütertrennungsehefrau geht die Zwangsvollstreckung weder auf Geldzahlung noch auf Sicherheitsleistung, sondern vielmehr auf ein im richterlichen Urteil ausgesprochenes Unterlassen seiner Funktionen als Verwalter und Übertragen derselben auf die Ehefrau, wozu zur Durchsetzung das Befehlsverfahren das gegebene Mittel ist.

ten Ausnahmen offensichtlich bloß die Betreibung im Auge; daß solche auch beim Befehlsverfahren notwendig sein können, mag vom Gesetzgeber übersehen worden sein.

Diese Auffassung hat nun durch einen neueren Bundesgerichtsentscheid indirekt ihre Bestätigung gefunden. Darin wird dem in Güterverbindung lebenden Ehemann, der seine Frau mit Verwaltung und Nutzung des eingebrachten Frauengutes betraut hat, das Recht zugesprochen, diese Befugnisse jederzeit wieder an sich zu ziehen — nötigenfalls in analoger Anwendung von Art. 176 Abs. 1 ZGB unter Zuhilfnahme der Zwangsvollstreckung^{20a}.

§ 7. Der Ausschluß der Ehrenfolgen

Die Regelung der sog. „Ehrenfolgen“¹ der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses untersteht an und für sich dem kantonalen Recht. Im Interesse der ehelichen Gemeinschaft und des einzelnen Ehegatten ist jedoch in Art. 173 Abs. 2 ZGB eine besondere Vorschrift ins Bundesrecht aufgenommen worden. Im Vorentwurf fehlt diese Bestimmung, erst die Expertenkommission hat sie beigelegt². Sodann hat auch das „Bundesgesetz betr. die öffentlich-rechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses vom 29. April 1920“ gewisse weitere bundesrechtliche Regeln aufgestellt.

Die zur Aufnahme des Art. 173 Abs. 1 ZGB führenden legislatorischen Erwägungen sind im wesentlichen die gleichen, die zum Ausschluß der Zwangsvollstreckung Anlaß gegeben haben³. Ausschlaggebend sind auch hier Momente der Pietät: wenn schon die Betreibung auf Grund der zu befriedigenden Forderung des einen Ehegatten den andern zur Pfändung bzw. zum Konkurs geführt hat, dann sollen jedenfalls, auch wenn der gläubigerische Ehegatte zu Verlust gekommen ist, keine Ehren-

^{20a} BGE 74 II 74.

¹ Ehrenfolgen = öffentlich rechtliche Folgen: sie sind Ehrenstrafen, d. h. Strafen an der Rechtsfähigkeit, bei Insolvenz. Ihr Inhalt besteht im Entzug gewisser öffentlicher Rechte und öffentlich-rechtlicher Fähigkeiten, wie Stim- und Wahlrecht, Recht zu Bekleidung gew. öffentl. Ämter, Ausübung best. patentierter Berufsarten; vgl. hiezu Diss. Tanner

² Vgl. Expert. Komm. zu Art. 196.

³ Vgl. Erl. S. 163/64; Sten. Bull. 1905, S. 658, 662, 1088.

folgen ausgesprochen werden dürfen. — Das Anwendungsgebiet des Art. 173 Abs. 2 ZGB beschränkt sich auf die Fälle, wo die Betreibung zwischen Ehegatten überhaupt zugelassen ist, d. h. auf die Tatbestände der Art. 174—176 ZGB. Die Bestimmung ist indessen aus einem doppelten Grunde praktisch von geringer Bedeutung:

1. Meist⁴ werden sich an der Betreibung noch andere Gläubiger beteiligen und wenn auch nur einer von diesen zu Verlust kommt, können die Ehrenfolgen trotzdem ausgesprochen werden, auch wenn diese Verluste u. U. bloß infolge der geltend gemachten Ansprüche des Ehegatten entstanden sind⁵.

2. Zudem hat das erwähnte Bundesgesetz eine veränderte Situation geschaffen: Zwar nimmt dieses die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen⁶ der Verhängung von Ehrenfolgen, wie sie bis dahin Art. 26 SchKG normiert hatte, unverändert auf, dringt aber gleichzeitig tiefer in das Ehrenfolgerecht der Kantone ein, indem es für die Verhängung der wichtigsten Ehrenfolge, der Einstellung im Stimmrecht, bestimmte Grundsätze aufstellt, die die Kantone bei der Verhängung von öffentlich-rechtlichen Folgen zu berücksichtigen haben. Grundsätzlich darf danach die Einstellung im Stimmrecht als Folge der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses nicht mehr verfügt werden, es sei denn, daß auf Seiten des Schuldners ein „erhebliches Verschulden“ gerichtlich festgestellt worden ist (Art. 1 Abs. 1 und 3 BG)⁷.

⁴ Im Falle des Art. 174 ZGB immer.

⁵ So BGE 40 I 41; Egger, A. 173 N. 8; Tanner, S. 22.

⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 BG. Die Ehrenfolgen knüpfen sich danach an die „fruchtlose Pfändung und den Konkurs“. Darunter ist zu verstehen einerseits die ganz oder teilweise fruchtlos ausgefallene Pfändung, deren Resultat der definitive Verlustschein ist (im Falle wo überhaupt kein pfändbares Vermögen vorhanden ist, gilt gem. Art. 115 Abs. 1 SchKG die leere Pfändungsurkunde als definitiver Verlustschein) — anderseits aber die bloße Konkursöffnung; vgl. hiezu Tanner, S. 55, der mit Recht darauf hinweist, daß letztere Regelung dem Wesen der Ehrenfolgen durchaus nicht gerecht wird.

⁷ Art. 1 Abs. 2 BG, wonach die Einstellung im Stimmrecht als Strafe dem kantonalen Strafrecht vorbehalten blieb, ist durch Einführung des eidg. Strafgesetzbuches gegenstandslos geworden; maßgebend hiefür ist heute Art. 171 StGB.

II. TEIL

Die Ausnahmen

§ 8. Gemeinsame Betrachtungen

Eine absolute Geltungskraft des Verbotes der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten läßt sich indessen nicht durchführen. Aus verschiedenen Gründen kann der Schutz der ehelichen Gemeinschaft zu Gunsten von anderen, schutzwürdigeren Interessen zurückgestellt werden müssen, m. a. W. das Verbot muß notwendigerweise dann dahinfallen, wenn sein Fortbestand der ratio des Art. 173 Abs. 1 ZGB nicht mehr gerecht wird. Davon handeln im einzelnen die Art. 174 — 176 ZGB. Eine erste Ausnahme liegt im Interesse der Ehegatten selbst: Dieses verlangt, daß, falls eine Betreibung von dritter Seite angehoben wird, dem andern Ehegatten die Anschlußpfändung, bzw. die Teilnahme am Konkurs, gestattet wird (Art. 174 ZGB). Wollte man ihm dieses Recht versagen, würde dies praktisch geradezu auf eine Mithaftung des einen Ehegatten für die Schulden des andern im Umfange seiner eigenen Guthaben hinauslaufen¹. — Sodann kann der Schutz des einen Ehegatten gegenüber dem andern in gewissen Situationen der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung rufen, so zur Durchführung der durch Gesetz oder Urteil angeordneten Gütertrennung, oder zur Erzwingung von richterlichen Beiträgen, die dem einen Ehegatten gegenüber dem andern auferlegt wurden (Art. 176 ZGB). — Eine dritte und letzte Ausnahme dient dem Schutze der Gläubiger: Sind diese bei der Betreibung des schuldnerischen Ehegatten zu Verlust gekommen, hat dieser aber noch Aktiven in Gestalt von Forderungen gegen den andern Ehegatten, so werden diese fällig und können gepfändet bzw. admassiert werden (Art. 175 ZGB).

Wie wir bereits in anderem Zusammenhang gesehen haben, sind die Ausnahmen vom Verbot in den Art. 174 — 176 ZGB

¹ Vgl. Erl. S. 163.

limitativ aufgezählt². Für die Richtigkeit der Auffassung, daß hier tatsächlich ein *numerus clausus* vorliegt, sprechen zunächst formelle Hinweise im Gesetze selbst, wo einerseits im Art. 173 Abs. 1 ZGB mit dem Wörtchen „nur“ die Ausschließlichkeit betont wird, anderseits in den Marginalien zu Art. 173 und 174 ZGB dem „1. Verbot“ die „2. Ausnahmen“ gegenübergestellt werden. Ferner ist jedoch in Erwägung zu ziehen, daß wohl auch die *ratio legis* dieser gesamten exekutionsrechtlichen Beschränkung dahin geht, daß sie, eben weil sie um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt ist, möglichst umfassend zur Geltung kommen soll und, wenn schon Durchbrechungen gemacht werden müssen, diese jedenfalls nur für ganz bestimmte, vom Gesetz abschließend festgelegte, Tatbestände normiert sind³.

Gemeinsam ist den Art. 174—176 ZGB sodann, daß sie insofern dispositives Recht darstellen, als die Ehegatten auf ihre Privilegien (Art. 111 und 219 SchKG) zwar allgemein, nicht aber zu Gunsten einzelner Gläubiger, verzichten können⁴.

§ 9. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung im Interesse der Ehegatten selbst

I. Grundsätzliches

Es liegt auf der Hand, daß einem Ehegatten nicht zugemutet werden kann, daß er untätig und ohne sich wehren zu können zusehen muß, wie der andere Ehegatte zu Gunsten von Drittgläubigern ausgepfändet bzw. im Konkurs seines Vermögens beraubt wird, während er selbst der Befriedigung seiner Ansprüche verlustig geht¹. Dieser unhaltbaren Konsequenz entgegenzutre-

² So Egger, A. 173 N. 2A; Gmür, A. 173 N. 7a; BGE 40 III 9; Entscheid des zürcherischen Obergerichts vom 22. 7./5. 8. 1916, abgedruckt in ZR 16 Nr. 197; do. vom 9. 1. 1918, abgedruckt in ZR 17 Nr. 193.

³ Vorbehalten bleibt der Fall, wo die Gütertrennungsehefrau ihr Vermögen wieder an sich zieht; vgl. oben S. 43 ff.

⁴ Für die Ehefrau: Art. 211 Abs. 2 und 224 Abs. 2 ZGB; vgl. Gmür A. 173 N. 3a; Rossel/Mentha, S. 302. Ueber die beiden Kontroversen, ob bloß das Privileg an sich oder die privilegierte Ersatzforderung schlechthin nicht abtretbar, und ob eine mehrmalige Geltendmachung des Privilegs durch die Ehefrau möglich sei, siehe: Guhl in Festschrift Tuor, S. 20 ff.

¹ So auch Ott, S. 289; Blumenstein, Hdb. S. 408 und in ZbJV 48 S. 268; Egger A. 174 N. 1; Jaeger, A. 111 N. 3b.

ten dient als Hauptausnahmefall von Art. 173 Abs. 1 ZGB der Art. 174 ZGB: Er gewährt dem gläubigerischen Ehegatten ein Recht des Anschlusses an der Pfändung, bzw. ein solches der Teilnahme am Konkurs. Das Moment der Pietätlosigkeit, das vom Gesetz in der Anstrengung und Durchführung von Zwangsvollstreckungshandlungen zwischen den Ehegatten gesehen wird, ist hier ausgeschaltet. Die Betreibung wird ja nicht vom Ehegatten selbst angehoben, sondern es findet lediglich eine Wahrung seiner Ansprüche in Konkurrenz mit Drittgläubigern in seinem eigenen Interesse, häufig sogar in demjenigen der ehe-lichen Gemeinschaft, statt.

II. Die privilegierte Anschlußpfändung des Ehegatten ²

Eine in alle Details gehende Untersuchung der mannigfaltigen Fragen, die sich im Zusammenhange mit der privilegierten Anschlußpfändung ergeben können, würde den Rahmen der vorliegenden Abhandlung überschreiten. Wir beschränken uns daher im folgenden darauf, eine knappe Darstellung der Regelung in ihren wesentlichen Grundzügen zu geben, wobei lediglich die von Lehre und Rechtsprechung umstrittenen Fragen eine eingehendere Behandlung erfahren werden. Sodann ist uns indessen vor allem daran gelegen, den zwischen Zwangsvollstreckungsverbot und Anschlußpfändung liegenden inneren Zusammenhang in seinen rechtlichen Auswirkungen für letztere aufzuzeigen.

Vor dem Inkrafttreten des ZGB räumte das SchKG lediglich den Kantonen die Befugnis ein, der Ehefrau in der gegen ihren Ehemann gerichteten Betreibung ein Teilnahmerecht zu gewähren. Machte allerdings der Kanton von dieser Möglichkeit Gebrauch, konnte er dies nur in den Formen des Art. 111 alt-SchKG tun. Erst durch die Einführung des ZGB wurde das Institut der privilegierten Anschlußpfändung rein bundesrechtlich und Art. 111 SchKG in seiner nach Art. 58 SchlTZGB modifizierten Form durch Art. 174 ZGB allgemeine Geltungskraft

² Eine ausführliche Darstellung des Rechtsinstituts findet sich bei Ott: Die priv. Anschlußpfändung des Ehegatten nach schweiz. Recht, in ZSR 37 S. 288 ff, und bei Raggenbaß: Die priv. Anschlußpfändung nach schweiz. Recht, Diss. Freiburg 1944.

verliehen³. Stand bisher das Anschlußrecht bloß der Ehefrau zur Verfügung, können sich nunmehr beide Ehegatten desselben bedienen, was sich als notwendige Folge der bundesrechtlichen Einführung des ehelichen Zwangsvollstreckungsverbotes deshalb ergab, weil dasselbe für beide Ehegatten gleichermaßen Geltung beansprucht.

Wenn heute aus Gründen der Unterscheidung gegenüber dem „einfachen“ Anschlußrecht gem. Art. 110 SchKG in Doktrin und Praxis von der „privilegierten“ Anschlußpfändung des Ehegatten gesprochen wird und man damit zum Ausdruck bringen will, daß in den beiden Momenten, daß einerseits der Anschluß ohne vorgängige Betreibung möglich ist und anderseits die der Anschlußerklärung gesetzte Frist gegenüber der einfachen Anschlußpfändung um zehn Tage verlängert ist, ein eigentliches Privilegium liege, so scheint uns das nicht ganz zuzutreffen und zumindest der Ausdruck irreführend: Handelt es sich doch dabei nicht um ein eigentliches Vorrecht, eine materielle Besserstellung gegenüber anderen Gläubigern, sondern vielmehr bloß um einen Ausgleich, gewissermaßen eine Entschädigung für die Unzulässigkeit selbständiger Betreibung⁴.

Die Geltendmachung des Privilegs ist zum Schutze der übrigen selbständig betreibenden Gläubiger an eine ganze Anzahl teils materiellrechtliche, teils formell-betreibungsrechtliche Voraussetzungen geknüpft, die im folgenden näher zu betrachten sein werden:

A. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen.

1. Selbstverständliche Voraussetzung ist zunächst, daß eine Ehe überhaupt besteht bzw. bestanden hat. Gemäß Art. 111 SchKG⁵ kann das Anschlußrecht auch noch bei Pfändungen,

³ Vgl. hiezu Egger, A. 174 N. 2; Gmür A. 174 N. 4, 5, 6; Blumenstein, Hdb. S. 406; über die bei Einführung erhobenen Bedenken vgl. Sten. Bull. 1905, S. 666 ff.

⁴ So Ott, S. 289; Gmür, A. 174 N. 6a und 11; ähnlich Erny, S. 86; BGE 42 III 380.

⁵ Neue Fassung nach SchlTZBG Art. 58. Die das SchKG modifizierenden Bestimmungen fanden sich ursprünglich in Art. 60 SchlIT, der aber nachher durch die Uebergangsbestimmungen des rev. OR vom 30. III. 1911 zum Art. 58 SchlIT wurde.

die innerhalb Jahresfrist nach Wegfall des ehelichen Verhältnisses⁶ stattfinden, geltend gemacht werden.

2. Zweites Erfordernis ist sodann, daß eine Forderung, ein obligationenrechtlicher Anspruch besteht. Sachenrechtliche Ansprüche fallen außer Betracht. Seine dinglichen Rechte, insbesondere sein Eigentum, wahrt auch der Ehegatte wie irgend ein anderer Ansprecher im Widerspruchsverfahren (Art. 106/109 SchKG)⁷. Ein solches Vindikationsrecht ist vor allem bei Güterverbindung häufig⁸, sodann bei Vermögenswerten, die zum Sondergut gehören. Auch bei Gütertrennung sind Fälle denkbar, daß im Eigentum des einen Ehegatten stehende Vermögensstücke in der Pfändung des andern beschlagen werden. Hingegen ist im Güterstande der Gütergemeinschaft eine Vindikation von Gegenständen in natura ausgeschlossen, da das gesamte Vermögen — ausgenommen das Sondergut — im Gesamteigentum beider Ehegatten steht⁹.

Daß die Forderung, für welche der Anschluß erklärt wird, in diesem Zeitpunkt auch bereits fällig sei, wird vom Gesetze nicht verlangt¹⁰.

3. Keine materiellrechtliche Voraussetzung ist indessen u. E. das in Art. 111 SchKG genannte Erfordernis, daß die Forderung aus dem ehelichen Verhältnisse¹¹ stammen

⁶ Auflösung der Ehe durch Tod, Scheidungs- oder Nichtigkeitsurteil; in letzterem Fall ist darauf zu verweisen, daß vor dem Urteil auch in einer an sich nichtigen Ehe der Anschluß zulässig ist, da sie bis zu diesem Zeitpunkt die Wirkungen einer gültigen Ehe hat (Art. 132 ZGB).

⁷ Vgl. Egger, A. 174 N. 1; Ott, S. 294.

⁸ Vgl. Art. 210 Abs. 3 ZGB; der Ehefrau steht hiebei nicht etwa ein Wahlrecht zu, ob sie vindizieren oder eine Ersatzforderung geltend machen will, vgl. Gmür, A. 210 N. 11a.

⁹ So auch Ott, S. 305.

¹⁰ Ebenso Blumenstein, Hdb. S. 407; Jaeger, A. 111 N. 17 D; Jaeger/Däniker, A. 111 N. 7; Raggenbaß, S. 33 ff.; Urteil des zürcherischen Obergerichts vom 11. 1. 1940, abgedr. in SIZ 37 S. 219; A. M.: Urteil des bern. Appellationshofes in Zivilsachen vom 2. 3. 1915, abgedr. in ZbJV 51 S. 566; ferner auch Gmür, A. 174 N. 13a.

¹¹ Nach Ott, S. 298, ist eine Forderung dann im ehelichen Verhältnis begründet, wenn zwischen ihr und der Ehe ein Kausalzusammenhang besteht, wenn also die Forderung nur durch die Ehe als solche und den Güterstand, in dem die Ehegatten leben, entstanden ist.

müsse¹². Diese Auffassung ist bestritten. Der Grund dieser Kontroverse beruht in den voneinander abweichenden Wortlauten der die gleiche Materie regelnden Art. 174 ZGB und Art. 111 SchKG. Bestimmt letzterer ausdrücklich, daß das privilegierte Anschlußrecht bloß für „Forderungen aus dem ehelichen Verhältnis“ gegeben sei, läßt Art. 174 ZGB diese Einschränkung fallen und spricht von „Ansprüchen“ schlechthin; Frage ist, welcher Bestimmung der Vorrang gegeben werden muß.

Mit dem Bundesgericht¹³ und entgegen Ott¹⁴ ist vorab darauf zu verweisen, daß Art. 174 ZGB die eigentlich materiellrechtliche Ordnung des Rechtsverhältnisses enthält, während die zweite, im SchKG vorgesehene Vorschrift, der ersten angepaßt worden ist und nur die formelle Ausgestaltung des vom ZGB geordneten Rechtes bedeuten soll. Zudem gibt Art. 111 SchKG die Regelung der privilegierten Anschlußpfändung schlechthin und stellt daher gegenüber Art. 174 ZGB, der speziell auf das Verhältnis zwischen den Ehegatten zugeschnitten ist, die allgemeinere Norm dar, die gemäß dem Satz „*lex specialis derogat legi generali*“ nachgehen muß. — Doch führt noch eine andere Ueberlegung zum gleichen Schluß: Wie wir eingangs ausgeführt haben, bedeutet der privilegierte Anschluß des Ehegatten das Korrelat zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung während der Dauer der Ehe. Es ist nun nicht einzusehen, weshalb dieses sichernde Ausgleichsrecht auf Forderungen beschränkt bleiben soll, die spezifisch aus dem ehelichen Verhältnis stammen, m. a. W. weshalb bei Auspfändung des einen Ehegatten der andere in einem Falle soll teilnehmen können, im andern Falle aber, da seine Forderungen auf einem anderen Entstehungsgrund als dem ehelichen Verhältnis beruhen, mit leeren Händen ausgehen soll. Einerseits gilt das Zwangsvollstreckungsverbot kraft zwingenden Rechts für alle Forderungen, anderseits muß das Recht des privilegierten Anschlusses als Sicherheitsventil auch für alle Forderungen zur Verfügung stehen.

¹² So Egger, A. 174 N. 2; Jaeger/Daeniker, A. 111 N. 4; Droin, S. 167; Ragenbaß, S. 37 ff.; Erny, S. 89/90; BGE 42 III 380, 61 III 87; ZR 16 Nr. 81; A. M.: Jaeger, A. 111 N. 4A; Overbeck, S. 90; Blumenstein, Hdb. S. 408/9 und in ZbJV 48 S. 267; Schönenberger in SJZ 21 S. 221 ff.; dann vor allem Ott, S. 298 ff.

¹³ BGE 42 III 382, bestätigt durch BGE 61 III 87.

¹⁴ A. a. O.: S. 300 ff.

Vor Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches mag diese Einschränkung auf Forderungen, entstammend dem ehelichen Verhältnis, ihre Berechtigung gehabt haben, da damals in keinem Kanton ein dem heutigen Art. 173 Abs. 1 ZGB entsprechendes Verbot bestand und es den Ehegatten jederzeit freistand, selbständig gegeneinander die Betreibung anzuheben. Die Einführung des ZGB hat also in dieser Beziehung eine völlig neue Situation geschaffen und wenn heute eine Inkongruenz zwischen Art. 111 SchKG und Art. 174 ZGB besteht, so bedeutet dies einen redaktionellen Fehler, indem die Bestimmung des SchKG den Art. 173 und 174 ZGB ungenügend angepaßt worden ist.

Dementsprechend gilt das Recht des privilegierten Pfändungsanschlusses des Ehegatten auch unabhängig vom Güterstande, unter dem die Ehegatten leben, insbesondere also auch unter Gütertrennung¹⁵. Hierbei kann das Gegenteilige vor allem auch nicht etwa aus Art. 244 ZGB geschlossen werden, der bestimmt, daß die in Gütertrennung lebende Ehefrau in der Pfändung gegen den Ehemann kein Vorzugsrecht hat, selbst wenn sie ihm ihr Vermögen zur Verwaltung überantwortet hat. Vorerst geht aus der Stellung des Art. 174 ZGB in der Gesetzessystematik unter dem V. Titel „Allgemeine Wirkungen der Ehe“ dessen vom Güterstande unabhängige Geltungskraft hervor. Sodann nennt Art. 244 ZGB lediglich die Ehefrau, während Art. 174 ZGB von den Ehegatten spricht. Wäre somit Art. 244 ZGB für die Frage des Anschlußrechtes maßgebend, ergäbe sich die unhaltbare Konsequenz, der Ehefrau in der Pfändung oder im Konkurs des Ehemannes ein Anschluß- bzw. ein Teilnahmerecht abzusprechen, es aber umgekehrt dem Ehemanne in der Pfändung oder im Konkurs der Ehefrau einzuräumen, was eine Besserstellung des letzteren bedeuten würde, die gegen den offensichtlichen Willen des Gesetzes verstieße¹⁶. Art. 244 ZGB verfolgt, wie sich aus den Materialien zu dieser Vorschrift ergibt¹⁷, allein den Zweck, der in Gütertrennung lebenden Ehefrau das Vorrecht des Verteilungsprivilegs nach Art. 219

¹⁵ So Jaeger, A. 111 N. 4A S. 369 unten; Egger, A. 174 N. 2; Raggenhaß, S. 47; BGE 42 III 380; A. M.: Blumenstein, Hdb. S. 408, Anm. 25; Ott, S. 292.

¹⁶ BGE 42 III 381/2.

¹⁷ Vgl. Sten. Bull. 1907, S. 253; Erl. S. 229.

SchKG zu entziehen, welches ihr bei Güterverbindung und Gütergemeinschaft eingeräumt ist (Art. 211, 224 ZGB). Bei diesem Verteilungsprivileg handelt es sich auch tatsächlich um ein materielles Vorrecht, während es sich beim privilegierten Pfändungsanschlußrecht lediglich um eine betreibungsrechtliche Besserstellung des Anschlußberechtigten handelt, die aber materiell kein Vorrecht, sondern eben gewissermaßen einen Ausgleich für die Unzulässigkeit der selbständigen Betreibung darstellt.

Diese Ausführungen treffen zweifellos immer dann zu, wenn die Ehe noch besteht. Nun gilt aber das privilegierte Anschlußrecht des Ehegatten auch noch ein Jahr nach Wegfall des ehelichen Verhältnisses. Es hat somit der geschiedene Ehegatte innerhalb eines Jahres zwei Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens in Händen: Einmal — allerdings vorausgesetzt, daß ein Drittgläubiger die Betreibung angehoben hat — das Recht des privilegierten Anschlusses gem. Art. 111 SchKG. Er kann aber, weil das Betreibungsverbot auf die Dauer der Ehe beschränkt bleibt, ohne weiteres auch selbständig gegen den geschiedenen Ehegatten vorgehen.

Bei solcher Sachlage erscheint es nunmehr richtig, das privilegierte Anschlußrecht auf „Forderungen aus dem ehelichen Verhältnis“ einzuschränken, denn allein diese Qualifikation der Ansprüche vermag hier die Gewährung des Privilegs überhaupt noch zu rechtfertigen. Hier fehlt ganz offensichtlich das Korrelat der Unzulässigkeit selbständiger Betreibung und es würde eine u. E. ungerechtfertigte Besserstellung des geschiedenen Ehegatten gegenüber den andern Gläubigern bedeuten, wollte man ihm das privilegierte Anschlußrecht für alle Forderungen, unabhängig von ihrem Entstehungsgrund, zur Verfügung stellen¹⁸.

¹⁸ Den Ueberlegungen in BGE 72 I 153 kann deshalb nur teilweise beige-pflichtet werden. Sie treffen zweifelsohne insoweit zu, als Art. 111 SchKG auf das elterliche und vormundschaftliche Verhältnis zugeschnitten ist. In diesen beiden Rechtsverhältnissen besteht allerdings grundsätzlich neben der Möglichkeit der selbständigen Betreibung das Recht des privilegierten Anschlusses, sodaß man füglich nicht behaupten kann, daß die Unmöglichkeit, während des Bestandes des in Frage stehenden persönlichen Verhältnisses für die Forderungen die selbständige Betreibung durchzuführen, der ausschließliche Grund des Privilegs bilde. — Anders liegen die Dinge jedoch bei Ehegatten, wo (mit Ausnahme des Art. 176 ZGB) ein absolutes Betreibungsverbot durchgreift, welches ebenso absolut modifi-

Art. 111 SchKG sollte deshalb, um alle Zweifel auszuschließen, de lege ferenda beispielsweise folgende Fassung erhalten:

„Die Kinder, Mündel und Verbeiständeten des Schuldners haben das Recht, für Forderungen aus dem elterlichen oder vormundschaftlichen Verhältnisse während einer Frist von vierzig Tagen auch ohne vorgängige Betreibung an der Pfändung teilzunehmen. Ein gleiches Recht steht dem Ehegatten für sämtliche Forderungen zu.

Es kann jedoch nur geltend gemacht werden, wenn die Pfändung während der Dauer des elterlichen, vormundschaftlichen oder ehelichen Verhältnisses oder innert Jahresfrist nach Wegfall desselben erfolgt. Wird das Anschlußrecht des Ehegatten nach Wegfall des ehelichen Verhältnisses geltend gemacht, so bleibt es auf diesem entstammende Forderungen beschränkt.“

B. Die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen

1. Das Bestehen einer Pfändung: Damit die Anschlußpfändung überhaupt geltend gemacht werden kann, ist erste notwendige Voraussetzung das Bestehen einer Pfändung. Es muß also die Betreibung eines Drittgläubigers soweit fortgeschritten sein, daß dieser das Pfändungsbegehren gestellt hat und erst an die gestützt darauf vollzogene Pfändung ist der privilegierte Anschluß möglich¹⁹. Die privilegierte Anschlußpfändung stellt

ziert wird durch die Gewährung des Anschlusses gem. Art. 174 ZGB. Letzteres bedeutet in der Tat bloß das Korrelat zu Ersterem und sollte notwendigerweise immer dann dahinfallen, wenn Ersteres nicht mehr zutrifft. Erst jetzt, d. h. nach Wegfall des ehelichen Verhältnisses, sind beide Betreibungsmöglichkeiten gegeben und wird insofern das eheliche Verhältnis dem elterlichen und vormundschaftlichen gleichgestellt. Somit rechtfertigt sich jetzt auch die Gleichbehandlung, d. h. die Beschränkung des privilegierten Anschlußrechtes auf Forderungen aus dem ehelichen Verhältnis. — Hiezu wären beispielsweise die dem einen Ehegatten im Scheidungsurteil zugesprochenen Genugtuungs- und Entschädigungssummen und die wiederkehrenden Unterhaltsbeiträge zu rechnen.

Anders liegen die Dinge, wenn ein Ehegatte gestützt auf Art. 176, 393 selbständig Betreibung anheben kann, vgl. unten. S. 70 ff.

¹⁹ Immerhin dürfte der Annahme eines nach oder mit Einreichung des Pfän-

ein A k z e s s o r i u m der Pfändung dar und teilt als solches das rechtliche Schicksal derselben. Fällt die vollzogene Pfändung aus irgend einem Grunde dahin, z. B. weil sie durch Beschwerde angefochten und durch die Aufsichtsbehörde aufgehoben wurde, fällt darnach auch die privilegierte Anschlußpfändung dahin, es sei denn, der betr. privilegiert sich Anschließende ist zur Stellung des Verwertungsbegehrens berechtigt ^{19a}.

In der akzessorischen Natur der privilegierten Anschlußpfändung liegt ein wesentlicher Unterschied gegenüber der einfachen Anschlußpfändung gem. Art. 110 SchKG. Diese bleibt in ihrem Bestande durchaus selbständig und ist eigentlich lediglich durch Zufall entstanden, weil ein weiterer Gläubiger innerhalb dreißig Tagen nach vollzogener Pfändung ebenfalls das Pfändungsbegehren gestellt hat. So bleibt der einfache Pfändungsanschluß, wenn die erste Pfändung, an der teilgenommen wurde, dahin-fällt, als selbständige Pfändung weiterbestehen.

2. Die Teilnahmefrist: Die Frist zur Teilnahme an der Pfändung ohne vorgängige Betreibung beträgt, im Unterschied zur einfachen Anschlußpfändung, wo sie auf dreißig Tage festgesetzt ist, vierzig Tage. Dies a quo ist die vollzogene Pfändung ²⁰. Gleichgültig ist dabei, ob es sich um eine provisorische oder eine definitive handelt. Dies schon deshalb, damit der Gläubiger rechtzeitig über die Höhe und Qualität der Forderung des sich seiner provisorischen Pfändung Anschließenden orientiert wird, so daß er sich schlüssig werden kann, ob sich die Durchführung eines allfälligen Aberkennungsprozesses überhaupt lohnt ²¹. Wird dann später die provisorische Pfändung durch Abweisung der Aberkennungsklage eine definitive, bleibt die Anschlußpfändung selbstverständlich auch bestehen; wird indessen die Aberkennungsklage des Schuldners gutgeheißen und damit notwendigerweise die provisorische Pfändung gegenstandslos, fällt die pri-

dungsbegehrens vor Vollzug der Pfändung eingereichten Anschlußbegehrens durch das Betreibungsamt nichts im Wege stehen; vgl. auch Ott, S. 309.

^{19a} So Ott, S. 310; vgl. unten S. 58.

²⁰ So Jaeger, A. 110 N. 2; Blumenstein, Hdb. S. 413; Ott, S. 311; BGE 23 II 1265, 30 I 425.

²¹ BGE 41 III 249; Prax. I Nr. 92.

vilegierte Anschlußpfändung als deren Akzessorium ebenfalls dahin ^{21a}. (Auch hier bleiben die unten, S. 60 ff. darzustellenden Ausnahmen vorbehalten).

Für den Fristenlauf und die Beendigung der Frist gelten im übrigen die allgemeinen betreibungsrechtlichen Bestimmungen der Art. 31, 32 und 63 SchKG. Nach übereinstimmender Auffassung in Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei um eine peremptorische Frist ²², d. h. die Anschlußerklärung kann nur so lange in gültiger Weise abgegeben werden, als die Frist noch nicht abgelaufen ist. Verpaßt der Berechtigte aus irgend einem Grunde diese Frist, so geht er seines Rechtes — zumindest in dieser Pfändung — endgültig verlustig ²³. Dies mag gegenüber dem Berechtigten hart erscheinen, zumal dann, wenn er u. U. von der erfolgten Pfändung gar keine Kenntnis erhielt. Andererseits handelt es sich dabei um eine spezifisch zum Schutze der übrigen Gläubiger erlassene Vorschrift, welche, wollte man den Fristlauf vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Anschlußberechtigten an laufen lassen, durch die dadurch entstehende Verzögerung in der Verwertungsmöglichkeit gegebenenfalls erheblich in ihren Interessen geschädigt würden ²⁴. An eine andere Interpretation des Laufs der vierzigstägigen Frist ist deshalb nicht zu denken. Doch ist der von Jaeger ²⁵ gemachten Anregung beizupflichten, wonach de lege ferenda eine Bestimmung im Gesetz eingeführt werden sollte des Inhalts, daß die Betreibungsämter ex officio die privilegiert An-

^{21a} So Ott, S. 314.

²² Blumenstein, Hdb. S. 196/97; Ott; S. 312/15; BGE 41 III 249, wo der interessante Fall behandelt wird, daß ein Ehegatte in der Pfändung des andern einen Gegenstand vindizieren wollte, ihm im daraufhin eingeleiteten Widerspruchsverfahren zwar das Eigentum abgesprochen, an dessen Stelle jedoch eine Ersatzforderung zugesprochen wurde, wofür der Ehegatte die privilegierte Anschlußpfändung hätte geltend machen können, wäre inzwischen nicht wegen des Widerspruchsprozesses die 40-tägige Anmeldefrist abgelaufen. Um dieser bedauerlichen Konsequenz entgegenzutreten, bleibt — wie das Bundesgericht ausführt — nichts anderes übrig, als daß der Berechtigte zugleich mit dem Vindikationsanspruch auch den Anschluß für eine eventuelle Ersatzforderung verlangt.

²³ Vgl. BGE 27 I 546.

²⁴ Vgl. hiezu Art. 116 SchKG; ferner Jaeger, A. 116 N. 10, 11 und 12; BGE 22 S. 320 ff.; ZR 2 Nr. 173.

²⁵ Jaeger, A. 111 N. 6A; ebenso Ott, S. 313; A. M.: Raggenbaß, S. 88.

schlußberechtigten feststellen und diesen von der Pfändung Kenntnis geben sollten ²⁶.

3. Die Anmeldung der Forderung: Die Geltendmachung des privilegierten Anschlusses ist an keine besondere Form gebunden. In erster Linie steht er selbstverständlich dem berechtigten Ehegatten selbst, ferner jedoch auch einem von ihm Bevollmächtigten oder dem gesetzlichen Vertreter, wenn er unter Vormundschaft steht, zu. Die Anmeldung des Anspruchs erfolgt mündlich oder schriftlich beim Betreibungsamt; erforderlich ist hierbei ein Dreifaches:

- a) Es muß die Höhe der Forderung, für die das Recht des privilegierten Anschlusses geltend gemacht werden will, summenmäßig genau angegeben werden. Eine bloß approximative Angabe verbunden mit dem Vorbehalt späterer genauerer Fixierung des Betrages ist nicht statthaft ²⁷.
- b) Der den Anschluß Begehrende muß sodann gegenüber dem Betreibungsamte nachweisen bzw. glaubhaft machen, daß er entweder der Ehegatte ist oder aber, daß seit Erlaß des Scheidungsurteils nicht mehr als ein Jahr verflossen ist. Eine bloße Behauptung dieser Tatsachen kann angesichts der schwerwiegenden nachteiligen Folgen, die ein gestützt darauf fälschlicherweise zugelassener Anschluß für die übrigen Gläubiger mit sich bringen könnte, nicht genügen ²⁸.
- c) In dritter Hinsicht hat das Betreibungsamt darauf zu achten, daß die vierzigtägige Anschlußfrist eingehalten ist.

²⁶ Eine solche Pflicht findet sich in versch. kant. EG zum SchKG, so z. B. Zürich § 122, Baselstadt § 18, Aargau § 57. Diese kant. Best. bestehen u. E. auch heute noch, nachdem das Institut der Anschlußpfändung durch die Einführung des ZGB rein bundesrechtlich wurde, zu Recht, da sie ganz offensichtlich aus der ratio des Art. 111 SchKG herauswachsen; ebenso Jaeger, A. 111 N. 6A; A. M.: Blumenstein, Hdb. S. 411 Anm. 30; Ott, S. 313. Eine Umfrage bei den kant. Betreibungsämtern hat überdies ergeben, daß in praxi, trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift, gleichwohl in vielen Kantonen den Ehegatten von der erfolgten Pfändung schriftlich — teilweise sogar auf einem spez. Formular — Mitteilung gemacht wird; so St. Gallen, Graubünden, Appenzell I.-Rh., Schwyz, Nidwalden, Zug, Luzern.

²⁷ Jaeger, A. 111 N. 6A; Ott, S. 317.

²⁸ Ebenso Ott, S. 317.

Ist eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, so muß das Betreibungsamt das Anschlußbegehren abweisen; gegen eine solche Verfügung steht der Beschwerdeweg an die Aufsichtsbehörde offen.

4. **Anschlußpfändung am Spezialforum des Arrests und am Orte der Geschäftsniederlassung:** Die Ausübung des Anschlußrechtes kann nicht nur bei Pfändungen am ordentlichen Betreibungsort des Schuldners verlangt werden, sondern auch dann, wenn die Pfändung am Spezialforum des Arrests stattfindet²⁹. Notwendige Voraussetzung ist dabei allerdings, daß der Schuldner seinen ordentlichen Betreibungsort in der Schweiz hat, da nur dann die Möglichkeit besteht, eine durch den Anschluß notwendig werdende Ergänzungspfändung vorzunehmen.

Ausgeschlossen ist die privilegierte Anschlußpfändung indessen bei einer Betreibung am Orte der Geschäftsniederlassung, da Art. 50 SchKG die Betreibung auf „für Rechnung der Geschäftsniederlassung eingegangene Verbindlichkeiten“ beschränkt.

5. **Der privilegierte Anschluß an Nachpfändungen:** Endlich ist die Anschlußpfändung nach Art. 111 SchKG wohl auch möglich an die sog. Nachpfändung, mit der ein Gläubiger nach Ablauf der dreißig- bzw. vierzigtägigen Frist die Pfändung weiterer Gegenstände verlangt, da seines Erachtens der Verwertungserlös der gepfändeten Objekte nicht genügt³⁰. Richtigerweise beginnt hiebei die vierzig tägige Frist mit dem Vollzug der Nachpfändung und erstreckt sich selbstverständlich bloß auf die dabei beschlagnahmten Gegenstände³¹.

²⁹ Jaeger, A. 111 N. 6A; Ott, S. 318; BGE 36 I 153, 53 III 33, 56 III 170.

³⁰ So Jaeger, A. 111 N. 6A; Ott, S. 318; Raggenbaß, S. 84.

³¹ Diese Art von Pfändung, die in der Praxis ebenfalls „Nachpfändung“ genannt wird und dadurch zur eigentlichen Nachpfändung i. S. von Art. 145 SchKG Unklarheit stiftet (Raggenbaß, S. 85, schlägt daher vor, sie „nachträgliche Pfändung zu nennen) erfolgt nicht von Amtes wegen, sondern nur auf spezielles Verlangen des Gläubigers hin und wirkt denn auch bloß für denselben; vgl. hiezu Jaeger, A. 111 N. 5; Overbeck, S. 119 N. 8; Raggenbaß, S. 84 ff.; BGE 59 III 92.

C. Die Wirkungen des privilegierten Anschlusses

1. Wurde die Anschlußpfändung rechtzeitig geltend gemacht und ist sie unangefochten geblieben oder als rechtsgültig entschieden worden, so nimmt der Berechtigte an der Pfändung teil. Er bildet mit den übrigen Teilnehmern der Pfändung, seien es nun gewöhnliche Drittgläubiger oder andere privilegiert Anschlußberechtigte, eine Gruppe. Die Gruppenteilnehmer haben sich nach erfolgter Verwertung miteinander in den Erlös zu teilen.

2. Denkbar ist nunmehr der Fall, daß zufolge Rücktrittes eines Gruppenteilnehmers nur noch ein, bzw. mehrere privilegiert Anschlußberechtigte in der Gruppe übrig bleiben. Frage ist, ob in einer solchen Situation die Gruppe bestehen bleibt. Entscheidend ist hiebei vorab der Umstand, ob in der Gruppe noch ein Anschlußberechtigter ist, der überhaupt das Verwertungsbegehren stellen kann; trifft dies zu, so wirkt dasselbe für alle Gruppenteilnehmer³². Der Ehegatte ist i. R. zur Stellung des Verwertungsbegehrens jedenfalls nicht legitimiert. Eine derartige Befugnis würde gegen das Zwangsvollstreckungsverbot des Art. 173 Abs. 1 ZGB verstoßen. Richtigerweise können nur jene Anschlußberechtigten das Verwertungsbegehren stellen, denen neben dem privilegierten Anschlußrecht auch das Recht der selbständigen Betreibung zustehen würde, insbesondere also die mündigen Kinder, ferner jedoch all die im Art. 111 SchKG genannten Berechtigten nach Wegfall des die Berechtigung verleihenden familienrechtlichen Verhältnisses. Nimmt also ein geschiedener Ehegatte innerhalb Jahresfrist nach Wegfall des ehelichen Verhältnisses privilegiert an einer Pfändung teil, so ist auch er zur Stellung des Verwertungsbegehrens berechtigt. — Setzt sich die Gruppe nur mehr aus solchen Gläubigern zusammen, die die Verwertung nicht verlangen können, ist sie zwecklos geworden und fällt gemäß Art. 121 SchKG von selbst dahin, weil innert der gesetzlichen Frist kein Verwertungsbegehren gestellt wurde — oder überhaupt gestellt werden konnte. Dies scheint uns auch richtig zu sein, wenn noch andere Gläubigergruppen da sind. Demgegenüber schlägt Jaeger in seinem Kommentar vor³³, daß in einem solchen Falle die betreffenden Anschlußberechtigten einfach an

³² Vgl. Art. 117 Abs. 1 SchKG; ferner Jaeger, A. 117 N. 2.

³³ A. 111 N. 6B.

der nächsten Gruppe teilnehmen könnten. Mit Ott³⁴ halten wir jedoch dafür, daß einer solchen Lösung, wie praktisch sie auch wäre, die gesetzliche Grundlage fehlt. Indessen besteht die Möglichkeit, die infolge des Wegfalls der ersten Pfändung frei werdenden Gegenstände auf Begehren eines Gläubigers der folgenden Gruppe neu zu pfänden im Wege der Nachpfändung und die Anschlußberechtigten könnten sich dann wieder dieser Nachpfändung anschließen.

3. Komplikationen treten auch dann auf, wenn der privilegiert Anschlußberechtigte seinen Anschluß innert den zehn Tagen nach Ablauf der dreißigtägigen Frist des Art. 110 SchKG stellt. Da kann es vorkommen, daß sich neben der ersten bereits eine neue Gläubigergruppe gebildet hat und es stellt sich die Frage, ob der Anschlußberechtigte in beiden Gruppen oder nur in einer, und — wenn letzteres zutrifft — in welcher von beiden, er teilnehmen kann. Der von Ott³⁵ vertretenen Auffassung, wonach der Anschluß für beide Pfändungsgruppen erklärt werden kann, können wir uns indessen nicht anschließen. Darin würde eine vom Gesetz nicht gewollte Besserstellung der Anschlußberechtigten gegenüber den übrigen Gläubigern liegen. Die Verlängerung der Teilnahmefrist um zehn Tage gegenüber derjenigen des einfachen Anschlusses ist nicht getroffen worden, um die Möglichkeit zu geben, sich gleichzeitig an zwei Gruppen anzuschließen³⁶. Hingegen hat der Berechtigte ein Wahlrecht, an welcher Pfändungsgruppe er teilnehmen will. Unterläßt er aus Unkenntnis darüber, daß zwei Gläubigergruppen bestehen, eine Erklärung, so sollte das Betreibungsamt ihn jeweils dazu auffordern³⁷.

4. Wird an eine Pfändung der Anschluß erklärt, so hat das Betreibungsamt von Amtes wegen eine *Ergänzungspfändung* vorzunehmen. Die Pfändung soll jeweils insoweit ergänzt werden, als zur Deckung sämtlicher Forderungen einer Gläubigergruppe notwendig ist. Verlangt nun ein Ehegatte bei Vorliegen von zwei Gläubigergruppen innert der Frist von dreißig bis

³⁴ A. a. O.: S. 321.

³⁵ A. a. O.: S. 321/22.

³⁶ Ebenso Raggenbaß, S. 111; BGE 61 III 80.

³⁷ Aehnlich Jaeger, A. 111 N. 5.

vierzig Tagen, während der ihm ein Wahlrecht zusteht, an welcher Gruppe er teilnehmen will, den privilegierten Anschluß für die erste Gruppe und hat mittlerweile die zweite Gruppe den ganzen Rest des noch verbleibenden pfändbaren Vermögens gepfändet, so kann als Ergänzungspfändung zu Gunsten der ersten Gruppe nur noch ein eventueller Mehrerlös bei der Verwertung des Pfändungsgutes der zweiten Gruppe gepfändet werden (Vgl. Art. 110 Abs. 3 SchKG). Es kann nicht verkannt werden, daß in einer solchen Regelung u. U. für die Gläubiger der ersten Gruppe eine erhebliche Unbilligkeit liegen kann, da sie durch den Anschluß zum großen Teil oder sogar gänzlich um die Befriedigung ihrer Ansprüche gebracht werden können und dadurch wesentlich schlechter gestellt sind als die Gläubiger der zweiten Gruppe, die erst später das Pfändungsbegehren gestellt haben. A. Curti³⁸ schlägt daher vor, daß in einem solchen Falle eine Ergänzungspfändung zu Gunsten der ersten Gruppe auf Kosten der zweiten Gruppe soll erfolgen können, m. a. W. „Vermögensstücke, auf welche die zweite Gruppe gegriffen hat, sollen primär nur zu Gunsten dieser Gruppe gepfändet gelten, vorbehaltlich der Rechte der möglicherweise nachträglich zur ersten Gruppe hinzukommenden Vorzugsberechtigten des Art. 111 SchKG“. — Dies scheint in der Tat die einzig gerechte Lösung zu sein, die mit der ratio des Art. 111 SchKG vereinbar ist, die sich aber umsomehr auch deshalb rechtfertigt, als dadurch die Gläubiger der zweiten Gruppe keinen Nachteil erleiden, da die Anschlußberechtigten sich auch ihrer Gruppe hätten anschließen können und sie dann nicht besser gestellt gewesen wären³⁹.

Auf Grund der dargelegten Schwierigkeiten ist daher in der Literatur verschiedentlich die Forderung nach Aufhebung dieser außerordentlichen *Anschlußfrist von vierzig Tagen erhoben worden; dies in dem Sinne, daß für einfache und privilegierte Anschlußpfändung eine einheitliche Frist von dreißig Tagen festgesetzt werden soll⁴⁰. Das geht jedoch u. E. zu weit. Vorab ist zu bemerken, daß derartige Fälle praktisch nur äußerst sel-

³⁸ Pfändungspfandrecht, S. 90 f.

³⁹ Ebenso Raggenbaß, S. 112; A. M.: Ott, S. 324, der diese Lösung als gegen Art. 110 Abs. 3 SchKG verstoßend ablehnt.

⁴⁰ Curti, Pfändungspfandrecht, S. 90/91; Haab, ZSR 44 S. 254; Raggenbaß, S. 121.

ten vorkommen; treten sie indessen auf, so kann regelmäßig eine befriedigende und gerechte Lösung gefunden werden, wobei allerdings eine gewisse Komplizierung in Kauf genommen werden muß. Diese rechtfertigt jedoch keineswegs die Preisgabe der verlängerten Anschlußfrist und damit deren wertvollen Zwecks, daß sich der Anschlußberechtigte, nachdem alle Pfändungsbegehren eingelaufen sind, vom Stand der eingelaufenen Forderungen überzeugen und sich dann entscheiden kann, Anschlußpfändung zu verlangen oder nicht.

D. Die Bestreitung des Anschlusses

Von der Anmeldung der Forderung des privilegiert anschlusspfändungsberechtigten Ehegatten wird den Gläubigern und dem Schuldner vom Betreibungsamte Mitteilung gemacht; gleichzeitig wird ihnen eine Frist von zehn Tagen angesetzt, innert der sie die geltend gemachten Ansprüche bestreiten können (Art. 111 Abs. 2 SchKG). Erfolgt eine Bestreitung nicht, so gelten die Ansprüche als anerkannt und der Anschlußberechtigte nimmt definitiv an der Pfändung teil.

Wird dagegen der Anspruch bestritten, so ist der Anschlußberechtigte gehalten, innert zehn Tagen Klage einzureichen. Tut er dies nicht, so fällt seine Anschlußpfändung gegenüber denjenigen, die die Anschlußberechtigung bestritten haben, gänzlich dahin.

Reicht indessen der Anschlußberechtigte Klage ein mit dem Ziel auf Zulassung seiner Forderung an der Pfändung, bleibt sein Anschluß provisorisch bestehen. Gemäß Art. 118 SchKG kann der provisorisch an der Pfändung Teilnehmende nicht die Verwertung verlangen. Aus dieser Vorschrift könnte allenfalls der Schluß gezogen werden, daß, wenn bloß die Teilnahme eine definitive geworden ist, auch der anschlussberechtigte Ehegatte die Verwertung verlangen kann; ein solcher Schluß wäre jedoch falsch. Wie bereits in anderem Zusammenhange festgestellt, verbietet das Zwangsvollstreckungsverbot des Art. 173 Abs. 1 ZGB jede Betreibungshandlung und dazu ist immer auch das Stellen des Verwertungsbegehrens zu zählen⁴¹. Findet während der Prozeßdauer eine Verwertung statt, so wird der auf den provi-

⁴¹ Ebenso Ott, S. 331.

sorischen Anschluß entfallende Verwertungsanteil gemäß Art. 144 Abs. 4 SchKG bei einer Depositenanstalt bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreites hinterlegt. Wird in der Folge die Klage geschützt und damit die Pfändungsteilnahme des Anschlußberechtigten eine definitive, muß ihm der Betrag von der Depositenstelle zugewiesen werden. Wird die Klage ganz oder zum Teil abgewiesen, wird der freiwerdende Teil unter die übrigen Gläubiger verhältnismäßig verteilt, sofern diese nicht vollständig befriedigt worden sind. Sind sie schon befriedigt, so fällt der Anteil an den Schuldner zurück. Allerdings wirkt das Urteil aus der Anschlußklage primär nur zwischen den Prozeßparteien. Haben also nicht alle Gläubiger einer Gruppe den Anspruch bestritten, so kommt der Prozeßgewinn vorab dem ob-siegenden Teil zugut; lediglich ein allfälliger Ueberschuß geht an die übrigen Gläubiger ⁴².

E. Die Höchstpersönlichkeit des privilegierten Anschlußpfändungsrechtes

Das Privileg des Pfändungsanschlusses gem. Art. 111 SchKG ist ein höchstpersönliches Recht der in dem genannten Artikel erwähnten Personen. Es handelt sich hier um ein spezifisches *privilegium personae*, d. h. um ein solches, dessen Geltendmachung an eine bestimmte Person geknüpft ist. Das Privileg ist nicht um der Forderung willen gegeben worden, sondern um der Person willen, die diese Forderung geltend machen kann. Demzufolge kann das Privileg nicht abgetreten werden ⁴³.

III. Die Teilnahme eines Ehegatten am Konkurs des andern

A. Grundgedanken

Wenn schon gewichtige Gründe für die Einräumung eines Teilnahmerechtes des Ehegatten für seine Forderungen in der Pfändung des andern sprechen, so trifft dies noch in viel größe-

⁴² Vgl. Jaeger, A. 111 N. 17e; Blumenstein, Hdb. S. 417; Ott, S. 330/31; Raggenbaß, S. 104/5.

⁴³ So Jaeger, A. 111 N. 3b; Blumenstein, Hdb. S. 411, Ott, S. 332; Oser/Schönenberger, A. 170 N. 2a; Raggenbaß, S. 15; vgl. ferner Guhl in Festschrift Tuor, S. 20 ff.

rem Maße dann zu, wenn über den schuldnerischen Ehegatten die Generalexekution des Konkurses hereinbricht. Es ist schlechterdings undenkbar, daß hier der forderungsberechtigte Ehegatte beiseite stehen und zuschauen soll, wie sämtliches Vermögen seines Ehegatten und zugleich Schuldners von Dritten an sich gezogen wird, während er selbst zufolge eines bestehenden Zwangsvollstreckungsverboteseiner Ansprüche verlustig geht. In diesem Stadium verlangt der Schutz der ehelichen Gemeinschaft geradezu die *Zulassung* der ehelichen Zwangsvollstreckung, damit ihr wenigstens das noch gerettet werden kann, was dem ansprechenden Ehegatten zufallen mag. Zudem durchbricht beim Konkurs aber auch dessen Grundzweck, nämlich eine Generalliquidation des schuldnerischen Vermögens unter Heranziehung sämtlicher Aktiven zu Gunsten von sämtlichen Gläubigern zu geben, den Grundsatz, daß Ehegatten während andauernder Ehe ein gegenseitiges vermögensrechtliches Exekutionsrecht benommen ist; der Ehegatte kann davon nicht ausgeschlossen bleiben.

B. Durchführung

Es kann nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen, eine umfassende Darstellung des Konkursverfahrens im allgemeinen und der darin den Forderungen des Ehegatten zuteil werdenden Behandlung im besonderen zu geben. Festgehalten sei nur folgendes: Der Ehegatte wird grundsätzlich genau gleich behandelt wie irgend ein Drittgläubiger. Er wahrt seine dinglichen Rechte im Widerspruchs- bzw. Aussonderungsverfahren und beteiligt sich an Masseerlös mit seinen Forderungen. Eine Besonderheit: Im Konkurs des Ehemannes besteht für die nicht in Gütertrennung lebende Ehefrau das sog. „Weibergutsprivileg“. Die Ehefrau genießt für die Hälfte ihres eingebrachten und nicht mehr in natura vorhandenen Frauengutes eine Vorzugsstellung in der IV. Klasse im Verteilungsschlüssel des Art. 219 SchKG⁴⁴. Diese Regelung kommt gemäß Art. 146 Abs. 2 SchKG analog auch dann zum Zuge, wenn bei Betreibung auf Pfändung nicht sämtliche Gläubiger befriedigt werden können.

⁴⁴ Vgl. die Art. 211 und 224 ZGB.

§ 10. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zum Schutze der Gläubiger des forderungsberechtigten Ehegatten

I. Inhalt und Zweck

Art. 175 ZGB regelt die Fälle, in denen berechtigte Interessen der Drittgläubiger eines Ehegatten die Möglichkeit der zwangsweisen Geltendmachung von Ansprüchen des einen Ehegatten gegenüber dem andern verlangen. Dies trifft zunächst bei der Pfändung von Vermögenswerten des schuldnerischen Eheteils dann zu, wenn dessen in erster Linie pfändbares Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht und sich deshalb der Zugriff auf Aktiva, die dem Schuldner noch in Form von Forderungen gegen den Ehegatten zustehen, rechtfertigt. Sodann entspricht es dem Wesen der Generalexekution des Konkurses, daß auch hier - analog der Teilnahme - die Forderungen zwischen Ehegatten als Vermögensbestandteile zur Masse gezogen werden. Unter Ansprüche im Sinne des Art. 175 ZGB sind Forderungen aus beliebigem Rechtsgrund zu verstehen, stammen sie nun aus dem ehelichen Güterrecht, aus Vertrag oder Delikt¹.

II. Durchführung in den verschiedenen Schuldbetreibungsarten

A. Bei Betreibung auf Pfändung

1. Voraussetzung ist, daß die betreibenden Gläubiger gegenüber dem Ehegatten bereits zu Verlust gekommen sind. Sie müssen also Pfändung und Verwertung der übrigen Vermögensbestandteile durchgeführt haben und in der anschließenden Verteilung ganz oder teilweise nicht befriedigt worden sein. Erst wenn eindeutig feststeht, daß der Ehegatte gar keine realisierbaren Vermögenswerte mehr besitzt, sei es, daß überhaupt kein pfändbares Vermögen vorhanden war, sei es, daß die Betreibung auch nach Durchführung aller möglichen Nachpfändungen den Gläubigern nicht volle Deckung brachte², steht ihnen subsidär

¹ So Egger, A. 175 N. 4; Gmür, A. 175 N. 2.

² Gmür, A. 175 N. 9; daß hierbei auch ein allfälliger Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen sein muß, erscheint deshalb notwendig, weil erst

der Zugriff auf diese besondere Kategorie von Aktiven, die dem gepfändeten Ehegatten noch in Form von Ansprüchen gegen den anderen zustehen, offen; diese waren bisher von der Pfändung ausgeschlossen³. Der legislatorische Grund dieser einschränkenden Regelung muß darin gesehen werden, daß die eheliche Gemeinschaft möglichst lange des Schutzes des Art. 173 Abs. 1 ZGB teilhaftig werden soll. Die internen vermögensrechtlichen Beziehungen sollen so lange, als es irgend angeht, von Zwangsmaßnahmen verschont bleiben und zwar auch dann, wenn der Ehegatte selbst zu deren Anhebung nicht Anstoß gegeben hat⁴.

2. **Wirkung** ist zunächst der Eintritt der Fälligkeit des gepfändeten Anspruches. Dabei wird allerdings im Gesetz der genaue Zeitpunkt, mit welchem dies geschieht, nicht genannt. Jedenfalls ist die Fälligkeit des betreffenden Anspruches nicht Voraussetzung für seine Pfändbarkeit⁵. Wichtig wird diese Frage erst im Zeitpunkt der Verwertung, da naturgemäß eine fällige Forderung Aussicht auf einen höheren Verwertungserlös hat, als eine solche, die noch nicht fällig ist. Es werden also die Ansprüche bloß im Interesse der Verwertbarkeit und nicht der Pfändbarkeit fällig erklärt und es genügt daher zu wissen, daß sie spätestens im Zeitpunkt ihrer Verwertung fällig sind. Es drängt sich überhaupt die Frage auf, ob diese gesetzliche Fälligkeitserklärung gerechtfertigt ist. Es ist in der Tat nicht ohne weiteres einzusehen, weshalb der schuldnerische Ehegatte nunmehr plötzlich seiner Einrede der mangelnden Fälligkeit gegenüber dem Forderungserwerber verlustig geht. U. E. fehlt ein innerer gesetzgeberischer Grund zu einer derartigen Schlechterstellung des Ehegatten, dessen Schulden gegenüber dem andern Ehegatten in dessen Pfändung unter den angeführten Voraussetzungen einfach als fällig erklärt werden, während eine derartige Rechtsfolge für keine andere Kategorie von Forderungen eintritt. — Immerhin kann der betroffene Ehegatte gegebenen-

dann mit Sicherheit gesagt werden kann, ob ein Verlust vorliegt oder nicht.

³ Hierin liegt eine Modifizierung des Art. 95 Abs. 1 SchKG, der bestimmt, daß in erster Linie das bewegliche Vermögen mit Einschluß der Forderungen gepfändet werden soll; vgl. Egger, A. 175 N. 2.

⁴ So Gmür, A. 175 N. 9.

⁵ Vgl. Jaeger/Daeniker, A. 95 N. 1; A. M.: Gmür, A. 175 N. 9.

falls eine Gegenforderung an den andern Ehegatten mit Erfolg zur Verrechnung stellen, sofern bloß die hiezu verlangten Voraussetzungen der Art. 120 ff. OR gegeben sind⁶.

Das Verfahren, mit dem diese Forderungen in die Pfändung einbezogen werden, geht auf dem Wege der Nachpfändung des Art. 145 SchKG vor sich; diese hat von Amtes wegen zu geschehen⁷. Liegt eine Gläubigergruppe vor, so wirkt die Nachpfändung zu Gunsten aller Gruppengläubiger, d. h. der aus der Verwertung der nachgepfändeten Forderungen erzielte Erlös wird entsprechend der im Kollokationsplan festgehaltenen Berechtigungen anteilmäßig verteilt. — Erst wenn auch bei dieser Operation alle oder einzelne Gläubiger zu Verlust gekommen sind, werden die Verlustscheine gemäß Art. 149 SchKG ausgestellt⁸.

B. Bei Betreibung auf Konkurs

Art. 175 Abs. 2 ZGB ist eigentlich überflüssig. Die Admassierung auch der Forderungen zwischen Ehegatten ergibt sich schon aus Art. 197 SchKG. Er mag indessen einer Verdeutlichung der Besonderheit der Pfändung dienen, wo eben die Pfändbarkeit erst in letzter Linie gegeben ist.

Es gelten die allgemeinen Grundsätze der Konkursbetreibung: Art. 159 ff., 197 ff., 221 ff. SchKG; Besonderheiten treten keine auf⁹.

C. Bei Betreibung auf Pfandverwertung

Art. 175 ZGB bezieht sich seinem klaren Wortlaut nach nur auf Betreibung auf Pfändung und Konkurs. Ist bei einer Betreibung auf Pfandverwertung ein Verlust eingetreten und ein Pfandausfallschein ausgestellt worden, steht nunmehr dem Gläubiger gemäß Art. 158 Abs. 2 SchKG der Weg zur persönlichen Betreibung offen, wobei der Erlaß eines neuen Zahlungsbefehls, falls innert Monatsfrist betrieben wird, nicht notwendig ist¹⁰.

⁶ So Gmür, A. 175 N. 6; Egger A. 175 N. 2; Rossel/Mentha, S. 302.

⁷ Vgl. Egger, A. 175 N. 2; Gmür, A. 175 N. 13.

⁸ Ebenso Egger, A. 175 N. 2; Erny, S. 32.

⁹ Vgl. Egger, A. 175 N. 1.

¹⁰ Vgl. Egger, A. 175 N. 2; Gmür, A. 175.

§ 11. Unbeschränkte Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zum Schutze des einen Ehegatten gegenüber dem andern

I. Allgemeines

Art. 176 ZGB gibt die eigentliche Ausnahme vom Zwangsvollstreckungsverbot unter Ehegatten. Im Gegensatz zu den beiden Tatbeständen der Art. 174 und 175 ZGB, wo der aktive Teil in der Zwangsvollstreckung immer ein Dritter ist, handelt es sich hier um selbständige Anhebung und Durchführung derselben durch einen Ehegatten. Es können Situationen eintreten, in denen die Durchsetzung von Forderungen des einen Ehegatten gegenüber dem andern von einer derartigen Intensität ist, daß sie auch vor dem Schutzgedanken der ehelichen Gemeinschaft und dem öffentlichen Pietätsgefühl nicht mehr Halt machen kann. Dies trifft nach der Auffassung des Zivilgesetzgebers nur in zwei Fällen zu: Zur Durchführung der vom Gesetz oder Richter angeordneten Gütertrennung (Abs. 1) und zur Eintreibung der vom Richter dem einen Ehegatten an den andern auferlegten Beiträge (Abs. 2). In beiden Tatbeständen handelt es sich danach um rechtliche Ansprüche, die entweder im Gesetze selbst verankert oder dann vom Richter angeordnet worden sind; bloß vertraglich begründete Ansprüche fallen außer Betracht. Die Innehaltung des Zwangsvollstreckungsverbots liegt im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit; soll es durchbrochen werden, so jedenfalls grundsätzlich nur dann, wenn vom Vertreter der Oeffentlichkeit — dem Richter —, die Notwendigkeit eines solchen Durchbruches unmittelbar festgestellt worden ist.

Nunmehr ist die Zwangsvollstreckung **unbeschränkt** zulässig, d. h. der Ehegatte kann alle vom Staate zur Verfügung gestellten Mittel zur zwangsweisen Eintreibung von vermögensrechtlichen Ansprüchen für sich in Anspruch nehmen. Dies gilt einerseits für die Schuldbetreibungsarten des SchKG, sei es Betreibung auf Pfändung, Konkurs oder Pfandverwertung, anderseits auch für die Realexekution nach kantonalem Recht. Insbesondere ist aber auch die Arrestnahme und die Betreibung auf

Sicherheitsleistung zulässig. Fraglich ist indessen, ob in diesen Fällen, wo dem Ehegatten das Recht der selbständigen Betreibung ohne irgendwelche Beschränkung zur Verfügung steht, ihm parallel dazu auch noch das Recht des privilegierten Pfändungsanschlusses gemäß Art. 111 SchKG für die nämlichen Ansprüche zusteht. Es kann nicht verkannt werden, daß hier die eigentliche ratio des privilegierten Pfändungsanschlusses als Funktion eines Ausgleiches für die Unzulässigkeit der selbständigen Betreibung entfällt und demzufolge auch das Recht seiner Geltendmachung dahinfallen sollte. Es könnte sich daher eine analoge Lösung aufdrängen wie im Falle, da dem geschiedenen Ehegatten noch innerhalb Jahresfrist nach ergangenem Scheidungsurteil sein privilegiertes Anschlußrecht zusteht: nämlich dessen Beschränkung auf Forderungen aus dem ehelichen Verhältnis i. S. von Art. 111 SchKG. - Allein, eine Gleichbehandlung rechtfertigt sich aus dem Grunde nicht, weil hier, im Gegensatz zu dort, das rechtliche Band der Ehe noch besteht. Es kann nicht im Interesse der ehelichen Gemeinschaft liegen, daß der Ehegatte durch Wegnahme des privilegierten Anschlußrechtes geradezu zur eigenen, rücksichtslosen Verfolgung seiner Ansprüche gezwungen wird. Sodann läßt sich aber auch dem Gesetz keinerlei Anhaltspunkt für die Nichtgewährung des privilegierten Anschlußrechtes entnehmen; es ist vielmehr diese einzige, vollwertige Ausnahme vom Zwangsvollstreckungsverbot im Sinne eines zusätzlichen Behelfs zu dem schon bestehenden des Anschlußrechtes zu verstehen, und es wäre widersinnig, von den beiden Mitteln, mit denen beiden das Gleiche erreicht werden kann, das für die eheliche Gemeinschaft mildere der Anschlußpfändung auszuschließen. Dazu kommen Ueberlegungen praktischer Natur: Das selbständige Betreibungsrecht läuft in all jenen Fällen Gefahr, illusorisch zu werden, wenn der schulden- der Ehegatte derart rechtzeitig von Drittgläubigern ausgepfändet wird, daß es dem andern Ehegatten nicht mehr möglich wird, sich im Sinne des Art. 110 SchKG der Pfändung anzuschließen¹.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß für Ansprüche i. S. des Art. 176 ZGB sowohl das Recht der selbständigen Betreibung

¹ In diesem Sinne BGE 42 III 382.

als auch dasjenige des privilegierten Pfändungsanschlusses nebeneinander ausgeübt werden kann².

II. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zur Durchführung der Gütertrennung

Für den Eintritt der Gütertrennung sind nach ZGB zwei Gruppen von Entstehungsgründen zu unterscheiden: 1. Begründung der Gütertrennung durch Ehevertrag, und 2. Eintritt der Gütertrennung als außerordentlicher Güterstand. Die letztere Gruppe gliedert sich, je nach dem konstitutiven Element, das die Entstehung bewirkt, in drei Entstehungsarten:

- a) Entstehung des a. o. Güterstandes durch richterliche Anordnung (Art. 145, 155, 183—185 ZGB).
- b) Entstehung des a. o. Güterstandes von Gesetzes wegen (Art. 182 Abs. 1 ZGB).
- c) Entstehung des a. o. Güterstandes durch Eintrag ins Güterrechtsregister (Art. 182 Abs. 2 ZGB).

In all diesen Fällen ist u. U. die Wünschbarkeit einer faktischen Realisierung des durch den rechtlichen Konstitutivakt geschaffenen neuen Güterverhältnisses denkbar; Schwierigkeiten beim allfälligen Vollzug können an sich immer auftreten.

Allein, das Gesetz stellt nach dem unmißverständlichen Wortlaut des Art. 176 Abs. 1 ZGB dem Ehegatten zum zwangsweisen Vollzug der Gütertrennung die staatliche Gewalt nur unter den besonderen Voraussetzungen zur Verfügung, daß deren Eintritt entweder zwingend vom Gesetze selbst verlangt wurde oder daß ihre Anordnung durch den Richter erfolgte. Bloß die besonderen Voraussetzungen, an die hier seinerseits wiederum der Eintritt der Gütertrennung geknüpft ist, rechtfertigen nach der Auffassung des Gesetzgebers eine Ausnahme vom Verbot der Zwangsvollstreckung. Tendenz des Gesetzes ist auch hier, die zwangsmäßige Durchsetzung der Gütertrennung im Interesse der Aufrechterhaltung des ehelichen Zwangsvollstreckungsverbotes auf eine Mindestzahl von absolut notwendigen Fällen einzuschränken.

Diese dringende Notwendigkeit ist dann nicht gegeben, wenn

² Ebenso Gmür, A. 176, N. 6; Raggenbaß, S. 48/49.

die Einführung der Gütertrennung auf freier Willenseinigung unter den Ehegatten beruht, weil vom Gesetzgeber die Gründe, die die Ehegatten zu dieser freiwilligen Vereinbarung bewegen mögen, nicht als genügend erachtet werden, um zu ihrer Durchsetzung dem drakonischen Mittel der Zwangsvollstreckung zu rufen.

Aehnlich liegen die Verhältnisse bei Einführung der Gütertrennung bei Heirat eines Verlustscheinschuldners (Art. 182 Abs. 2 ZGB). Sind Gläubiger zur Zeit der Eheschließung im Besitz von Verlustscheinen auf Braut oder Bräutigam, so steht es jedem Verlobten frei, durch Eintrag ins Güterregister sein Güterrechtsverhältnis den Bestimmungen des a. o. Güterstandes zu unterstellen. Es liegt also hier weder eine gesetzliche — wie allenfalls aus dem Marginale zu Art. 182 ZGB geschlossen werden könnte — noch eine richterliche, sondern eine fakultative, vom Willen der Eheschließenden abhängige, Gütertrennung vor, zu deren Durchführung die Zwangsvollstreckung nicht zur Verfügung steht³. — In diesem Zusammenhange hat sich schon die Frage gestellt, ob Art. 176 Abs. 1 ZGB eventuell auch für Sondergut gilt, da Art. 192 ZGB dasselbe den Regeln der Gütertrennung unterwirft. Das Bundesgericht hat die Frage verneint, indem es darauf hinweist, daß Art. 174—176 ZGB als Ausnahmebestimmungen einschränkend zu interpretieren seien und sodann der genannte Art. 192 ZGB das Sondergut bloß den Regeln der vertraglichen Gütertrennung unterstelle, zu deren Durchführung die Zwangsvollstreckung ohnehin nicht gegeben sei⁴. Ueberdies ergibt sich aber auch aus den Materialien zu Art. 176 ZGB⁵, daß diese Bestimmung ausschließlich die durch Gesetz oder Richter verhängte totale Gütertrennung im Auge hat und es daher nicht angeht, Ausnahmen, die das Gesetz auf ein streng umgrenztes Mindestmaß beschränkt wissen will, durch eine derartig gesuchte Interpretation zu vermehren.

³ In praxi dürfte sich dies überdies kaum als Mangel erweisen, da in diesen Fällen die Gütertrennung normalerweise schon besteht oder sich doch keine Schwierigkeiten ergeben werden; so auch Gmür, A. 176 N. 5a; Betr. vertragliche Gütertrennung: BGE 42 III 351, 42 III 383.

⁴ BGE 42 III 351, 42 III 383.

⁵ Vgl. Erl. S. 151.

A. Auf Gesetz beruhender Eintritt der Gütertrennung

Das ZGB kennt nur einen Fall, in dem die bloße Existenz eines Gütertrennungsgrundes zur Herbeiführung des a. o. Güterstandes genügt: Der für die Gläubiger mit Verlusten abschließende Konkurs eines Ehegatten (Art. 182 Abs. 1 ZGB).

Der Eintritt der Gütertrennung ipso iure bedeutet einen äusserst schroffen Eingriff in die ehегüterrechtlichen Verhältnisse, wenn man bedenkt, welche Folgen er zeitigt und was es bedeutet, wenn diese Folgen vielleicht gegen den Willen beider Ehegatten eintreten. Allein, unter diesen Umständen stellt er die beste Lösung dar, welche im ureigensten Interesse beider Ehegatten liegt. Durch Eintritt des a. o. Güterstandes beim finanziellen Zusammenbruch eines Ehegatten soll der ehelichen Gemeinschaft die oekonomische Weiterexistenz gesichert werden, indem er die Ehegatten wirtschaftlich voneinander unabhängig macht und damit verhindert wird, daß Dritte auf das Vermögen des aufrechtstehenden Eheteils greifen und dadurch die Bildung neuen Vermögens verunmöglichen können ⁶.

Der Eintritt der Gütertrennung wird davon abhängig gemacht, ob im Konkurse des Ehegatten Gläubiger zu Verlust gekommen sind ⁷. Der Zeitpunkt ihrer Entstehung fällt somit zusammen mit demjenigen der Feststellung eines eingetretenen Verlustes. Dies erfolgt normalerweise durch die Ausstellung von Verlustscheinen (Art. 186 Abs. 1 ZGB); sind deren mehrere vorhanden mit verschiedenen Daten, ist der zeitlich erste maßgebend. Wird ein Verlust ohne Ausstellung von Verlustscheinen konstatiert, so bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG), entsteht die Gütertrennung mit dem Datum der Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses. Jedenfalls kommt der nach Art. 186 Abs. 3 ZGB notwendigen Eintragung der Gütertrennung ins Güterrechtsregister keine Konstitutivkraft zu; diese hat lediglich deklaratorischen Charakter.

Die Befugnis, die gesetzliche Gütertrennung allenfalls auf dem

⁶ Vgl. Art. 188 Abs. 3 ZGB; Erny, S. 67.

⁷ Hierin weicht das ZGB von den bisherigen kantonalen Rechten wie auch dem BGB ab; diese knüpften den Eintritt des a. o. Güterstandes an die Eröffnung des Konkurses; vgl. BGB § 1419.

Wege der Zwangsvollstreckung durchführen zu können, ist praktisch von geringer Bedeutung, da es regelmäßig überhaupt nichts mehr „durchzuführen“ gibt. Die gegenseitigen Ansprüche der Ehegatten sind bereits im vorangegangenen Konkurs liquidiert worden, sei es, daß der aufrechtstehende Eheanteil sich gemäß Art. 174 ZGB am Konkurs des andern beteiligte, sei es, daß die Forderungen des konkursiten Ehegatten gegenüber dem andern gemäß Art. 175 ZGB zur Masse gezogen wurden.

B. Eintritt der Gütertrennung durch richterliches Urteil

Die Begründung des a. o. Güterstandes durch richterliches Urteil ist die am weitaus häufigsten vorkommende Entstehungsart. Im Gegensatz zur gesetzlichen Gütertrennung genügt hier die bloße Existenz eines Gütertrennungsgrundes zu ihrer Entstehung noch nicht. Notwendig ist ein Antrag der zum Begehren legitimierten Person an den Richter, der seinerseits das Vorhandensein der vom Gesetz zum Eintritt der Gütertrennung geforderten Voraussetzungen zu prüfen und ein entsprechendes Urteil zu fällen hat. Damit wird erreicht, daß die Anordnung des Richters von der Ausübung des Antragsrechtes des Berechtigten abhängig gemacht wird, welcher letzterer allein in der Lage ist, zu beurteilen, ob ihm die Einführung der Gütertrennung zum Vorteil gereicht oder nicht.

Nach der zum Begehren legitimierten Person unterscheidet das ZGB drei Gruppen von richterlichen Gütertrennungsgründen:

Anordnung auf Begehren der Ehefrau (Art. 183 ZGB), auf Begehren des Ehemannes (Art. 184 ZGB) und auf Begehren eines Gläubigers (Art. 185 ZGB).

Dazu kommen zwei besondere Tatbestände, wo ebenfalls der Richter die Anordnung ausspricht: Als Maßnahme im Rahmen der vorsorglichen Maßregeln für die Dauer des Scheidungsprozesses (Art. 145 ZGB) und ferner als Bestandteil des Ehetrennungsurteils (Art. 155 ZGB).

1. Anordnung auf Begehren der Ehefrau:

a) Die Ehefrau hat das Recht, vom Richter die Anordnung der Gütertrennung zu verlangen, wenn der Ehemann für ihren und der

Kinder Unterhalt nicht pflichtgemäß Sorge trägt⁸. Nach Art. 160 Abs. 2 ZGB hat der Ehemann gebührend für den Unterhalt seiner Familie zu sorgen; verletzt er seine Pflicht, so gibt das Gesetz der Ehefrau als güterrechtliche Gegenmaßnahme die Einführung der Gütertrennung in die Hand, in der Meinung, daß ihr dadurch die Mittel verschafft werden, um ihren eigenen Unterhalt und denjenigen der Kinder selbst bestreiten zu können⁹. — Es liegt nun auf der Hand, daß die Gütertrennung unter solchen Umständen nur dann einen Sinn und Zweck hat, wenn die Ehefrau dadurch auch tatsächlich Vermögen zur selbständigen Verwaltung und Verfügung erhält. Damit ist einerseits gesagt, daß bei Fehlen von Frauengut die Gütertrennung, da zwecklos, nicht angeordnet werden soll, anderseits aber auch, daß im Falle des Vorhandenseins von Frauenvermögen die bloß rechtliche Einführung der Gütertrennung nicht genügen kann, sondern daß der Ehefrau ein Weg zur Verfügung gestellt werden muß, auf dem sie auch faktisch die Gewalt über ihre Vermögensstücke erlangen kann; dieser Weg ist die Zwangsvollstreckung.

b) Das Begehren der Ehefrau um Anordnung der Gütertrennung muß weiterhin dann geschützt werden, wenn der Ehemann ihren Anspruch auf Sicherstellung des eingebrachten Frauengutes nicht erfüllt hat. Ein solcher Sicherstellungsanspruch besteht nur für die in Güterverbindung lebende Ehefrau (Art. 205 ZGB)¹⁰. Kann sie nachweisen, daß ihr entweder Ersatzforderun-

⁸ Dabei muß die Herbeiführung dieses Zustandes nicht notwendigerweise auf schuldhaftem Verhalten des Mannes beruhen. Der Unterhalt von Weib und Kind ist gesetzliche Pflicht des Mannes; kommt er ihr aus irgendwelchen Gründen nicht nach, so liegt eben „Nichtpflichtgemäßes Sorgetragen“ vor und damit ist die Voraussetzung des Gütertrennungsgrundes des Art. 183 Ziff. 1 ZGB erfüllt. So BGE 41 II 17; ZbJV 54, S. 518; Erny, S. 42 ff.; Egger, A. 183 N. 5; A. M.: Gmür, A. 183, N 13.

⁹ So Egger, A. 183 N. 6; Gmür A. 183 N. 12; dann insbesondere Erny, S. 38 ff.

¹⁰ Daß es sich dabei um reine Güterverbindung handeln muß, ist allerdings nicht notwendig; der Anspruch auf Sicherheitsleistung und damit das Recht auf Gütertrennung bei Verweigerung der ersteren steht auch jener Frau zu, für deren Güterstand bloß teilweise die Regeln der Güterverbindung Anwendung finden. Das gilt einmal für die Gütereinheit; ferner für die beschränkte Gütergemeinschaft, wenn das von der Gemeinschaft ausgenommene Vermögen ehevertraglich der Güterverbindung unterstellt wor-

gen gegen den Mann zustehen, oder daß der Mann im Besitz von eingebrachtem Frauengut steht und daß sie ferner die Sicherstellung dieser Forderungen erfolglos vom Mann verlangt hat, so kann sie zur Erzwingung ihres Sicherstellungsanspruches grundsätzlich ein Doppeltes vorkehren: Zunächst steht es ihr frei, Klage einzureichen auf Verurteilung des Ehemannes zur Sicherheitsleistung. Doch auch wenn ihre Klage gutgeheißen wird, kann ihr dies praktisch wenig nützen, denn die Vollstreckung ist ausgeschlossen¹¹. Die Ehefrau wird daher gut tun, direkt den zweiten ihr offenstehenden Weg der richterlichen Anordnung der Gütertrennung einzuschlagen, zu deren faktischer Durchführung die Betreibung unbeschränkt — also auch diejenige auf Sicherstellung und die Arrestnahme — zulässig ist.

c) In dritter Linie erfolgt die richterliche Aussprechung des a. o. Güterstandes auf erfolgtes Begehren der Ehefrau hin dann, wenn der Ehemann oder das Gesamtgut überschuldet ist. Ueberschuldet ist der Ehemann, wenn die Gesamtheit seiner Aktiven diejenige der Passiven unter Einbezug der Forderungen, welche der Ehefrau gegen ihn zustehen, nicht mehr deckt. Ueberschuldung des Gesamtgutes bei herrschender Gütergemeinschaft liegt vor, wenn das persönliche Vermögen des Ehemannes und das Gesamtgut nicht mehr zur Deckung der Schulden ausreichen, für welche diese beiden Vermögenskomplexe haften¹². Der Nachweis einer bestehenden Ueberschuldung ist dem Richter von der Ehefrau durch geeignete Beweismittel¹³ zu erbringen, die der freien

den ist (Art. 238 ZGB); für die Errungenschaftsgemeinschaft im Bezug auf all das Vermögen, welches nicht zur Errungenschaft gehört (Art. 239 ZGB); endlich für die Gütertrennung bezüglich einer allfälligen Ehesteuer. Vgl. Gmür, A. 183 N. 14; Erny, S. 46.

¹¹ Die Betreibung auf Sicherstellung, die hier zum Zuge käme, fällt ebenfalls unter das Zwangsvollstreckungsverbot; vgl. hiezu unsere Ausführungen vorne S. 25 ff.

¹² Vgl. Egger, A. 183 N. 9; Gmür, A. 183 N. 18; Erny, S. 27; ferner Jaeger, A. 287 N. 5; nicht zu verwechseln ist die Ueberschuldung mit bloß vorübergehender Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung mangels liquider Mittel.

¹³ Hiezu dürfte vorab das der Ehefrau in Art. 205 Abs. 1 ZGB eingeräumte Recht, vom Ehemann Auskunft über den Stand des eingebrachten Frauengutes zu verlangen, gehören; dann jedoch vor allem der Nachweis der fruchtlosen Pfändung. Sind keine Beteiligungen erfolgt, kann der Be-

richterlichen Würdigung unterliegen. — Der Zweckgedanke des Gesetzes ist evident: Es soll der Ehefrau bei drohendem finan-
ziellem Zusammenbruch ihres Mannes durch Einführung der Gü-
tertrennung die Möglichkeit gegeben werden, zu ihrem und even-
tuell der ehelichen Gemeinschaft künftigem Schutz, eine Ausschei-
dung ihres Vermögens zu erwirken, deren Durchführung notfalls
— soll sie praktisch nicht illusorisch werden — mit Gewalt muß
erzwungen werden können.

2. Anordnung auf Begehren des Ehemannes.

a) Ueberschuldung der Ehefrau. Es bedeutet dies das Korre-
lat zu Art. 183 Ziff. 3 ZGB; die dort angestellten Ueberlegungen
betr. Zweck des Rechtsinstitutes, Begriff und Nachweis der Ueber-
schuldung und Grund der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung
treffen sinngemäß auch hier zu. Die Ueberschuldung muß sich
bei Güterverbindung auf das gesamte Frauenvermögen beziehen,
d. h. erforderlich ist, daß die Vollschnlden der Frau nicht mehr
durch ihr Vermögen (eingebrachtes und Sondergut) gedeckt sind.
Die Ueberschuldung des Gesamtgutes genügt hier allerdings nicht.
Immerhin ist auch bei der Gütergemeinschaft eine Ueberschul-
dung der Ehefrau denkbar; dies jedoch erst dann, wenn ihre
Vollschnlden durch das Gesamtgut und das übrige persönliche
Vermögen beider Ehegatten nicht mehr gedeckt sind ¹⁴.

b) Erschwerung der ehemännlichen Vermögensverwaltung. Der
Ehemann kann die Anordnung des a. o. Güterstandes weiterhin
dann verlangen, wenn die Ehefrau in ungerechtfertigter Weise
die nach Gesetz oder Güterstand erforderliche Zustimmung zu
von ihm beabsichtigten Verfügungen über das eheliche Vermögen
verweigert. Obwohl dem Manne kraft Gesetzes oder kraft Ehe-
vertrags ein Verwaltungsrecht des ehelichen Vermögens oder be-
stimmter Teile des Frauengutes zusteht ¹⁵, bedarf er doch für sie

weis aber auch durch Vorlage der Bücher erbracht werden; gewichtige
Indizien der Ueberschuldung sind sodann Zahlungsflüchtigkeit, Wechsel-
reiterei und Wechselproteste; vgl. Egger, A. 183 N. 9; Jaeger, A. 287
N. 5; Erny S. 26 ff.

¹⁴ Vgl. hiezu Art. 207, 220 ZGB; Egger, A. 184, N. 2; Gmür, A. 184, N. 4;
Erny, S. 25/26.

¹⁵ Gesetzlich: Bei Güterverbindung über das eheliche Vermögen, bei Güter-

betreffende Verfügungen, welche über die normale Bewirtschaftung des in concreto vorliegenden Vermögens hinausgehen¹⁶, der Zustimmung seiner Ehefrau. Grundsätzlich kann nun die Frau ihre Zustimmung nach freiem Belieben erteilen oder verweigern. Bloß dann, wenn die Verweigerung, gemessen an den jeweiligen Verhältnissen des einzelnen Falles, als ungerechtfertigt erscheint, kann der Ehemann zu seiner Befreiung von der Verantwortung vom Richter die Einführung der Gütertrennung verlangen, zu deren Durchführung hinwiederum die Zwangsvollstreckung zulässig ist. Praktisch ist die Bestimmung des Art. 184 Ziff. 2 bedeutungslos, weil sie dem Ehemann regelmäßig gar nichts nützen kann¹⁷. Ist die Gütertrennung erreicht, kann der Mann die Verfügung, um deretwillen der Streit entstanden ist, doch nicht mehr ausführen, weil nunmehr die Frau allein über die Vermögensstücke verfügt, die er benötigt hätte¹⁸.

c) Begehren der Frau auf Sicherstellung. Verlangt bei Güterverbindung die Ehefrau die Sicherstellung ihres eingebrachten Gutes und kann oder will der Ehemann dieselbe nicht leisten, gibt ihm Art. 184 Ziff. 3 ZGB das Recht in die Hand, seinerseits die Anordnung der Gütertrennung zu verlangen, um auf diese Art dem wahrscheinlichen Gütertrennungsbegehren seiner Frau zuvorzukommen. Ein entscheidendes Machtmittel bedeutet dies allerdings nicht; bewirkt wird dadurch lediglich eine Umkehrung der Parteirollen, was für den Mann von gewissen Vorteilen sein mag. Im Endeffekt kommt es indessen genau auf dasselbe hinaus, wie wenn die Ehefrau gestützt auf Art. 183 Ziff. 2 ZGB vorgegangen wäre¹⁹. Aus analogen Ueberlegungen muß deshalb auch hier der Richterspruch zwangsmäßig realisiert werden können.

gemeinschaft über das Gesamtgut; ehevertraglich: Bei Gütertrennung über dem Mann von der Frau übergebenes Frauengut als Ehesteuer.

¹⁶ Betr. die Abgrenzung von Verfügungen, die innerhalb des normalen Bewirtschaftungsrahmens liegen, von solchen, die darüber hinausgehen, vgl. Erny S. 51 ff.

¹⁷ Erhebungen bei sämtl. Betreibungsämtern des Kt. Zürich z. B. haben ergeben, daß in den letzten 10 Jahren kein einziges Gütertrennungsbegehren gest. auf Art. 184, Ziff. 2 bekannt ist. — Dies bestätigt die Statistik bei Erny, S. 115, nach welcher schon in den Jahren 1912—1917 kein praktisches Beispiel vorgekommen ist.

¹⁸ So auch Erny, S. 53/54.

¹⁹ Vgl. auch die Kritik bei Erny, S. 50.

3. Anordnung auf Begehren eines Gläubigers.

Im Gegensatz zur Konkursbetreibung, bei deren Abschluß mit Verlusten der a. o. Güterstand von Gesetzes wegen eintritt, bedarf es bei fruchtloser Pfändung des Antrages des zu Verlust gekommenen Gläubigers, um auf gerichtlichem Wege die Gütertrennung herbeizuführen²⁰. Große Berechtigung und praktische Bedeutung kommt auch diesem Gütertrennungsgrund nicht zu. Einmal ist er für die Ehegatten selbst überflüssig; diese sind in einer solchen Situation bereits gedeckt durch den allgemeinen Grund der Ueberschuldung (Art. 183 Ziff. 3, 184 Ziff. 1 ZGB), welcher in dieser Hinsicht den Tatbestand des Art. 185 ZGB einschließt. Relevant erscheint der vorliegende Gütertrennungsgrund ausschließlich für Dritte, doch auch für diese bloß in ganz beschränktem Umfange. Angesichts der Bestimmung des Art. 175 ZGB haben sie es nicht nötig, nach Art. 185 ZGB vorzugehen, um auf alle Aktiven des schuldnerischen Ehegatten greifen zu können. Aktuell kann der Bestand der gestützt auf Art. 185 ZGB herbeigeführten Gütertrennung erst für die künftige Zeit nach der furchtlosen Pfändung werden und dann vornehmlich für die Gläubiger der Ehefrau. Hier wäre es nämlich denkbar, daß bei andauerndem güterrechtlichem status quo, was in vielen Fällen die nach wie vor herrschende Güterverbindung sein wird, Frauengut weiterhin in das Eigentum des Mannes übergeht²¹ und damit dem Zugriff der Gläubiger, die auf neues Vermögen warten, entzogen wird. Für die Gläubiger des Mannes kann Art. 185 ZGB höchstens dann von Bedeutung werden, wenn die Verwaltungskosten des Frauengutes höher sind als dessen Einkünfte²². — Ist die Gütertrennung einmal ausgesprochen, können sich zu ihrer Durchführung *de lege lata* die Ehegatten uneingeschränkt der Zwangsvollstreckung be-

²⁰ Der Nichteintritt der Gütertrennung von Gesetzes wegen auch in diesem Falle ist in der Befürchtung zu suchen, daß dadurch dem a. o. Güterstand zu allzugroßer Häufigkeit verholfen würde. Vgl. Sten. Bull. 1905, S. 669, S. 1091, S. 1097.

²¹ Vgl. Art. 195 Abs. 3 und Art. 201 Abs. 3 ZGB.

²² Egger, A. 185 N. 2; Erny, S. 37/38. — Rossel/Mentha (S. 366) und Gmür (A. 185 N. 3) glauben, daß Art. 185 ZGB für die Gläubiger der Ehefrau auch deshalb wichtig sei, weil durch Eintritt der Gütertrennung auch die Ersatzforderung fällig werde (Art. 209 Abs. 1 ZGB). Sie übersehen dabei, daß diese Wirkung bereits nach Art. 175 ZGB eintritt.

dienen. Es kann nicht übersehen werden, daß in diesem Falle der Grundgedanke des Art. 176 Abs. 1 ZGB, nämlich die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zum Schutze des einen Ehegatten gegenüber dem andern zu gewähren, nicht zutrifft. Mit Art. 185 ZGB hat man Dritten, lediglich um ihren finanziellen Interessen zu dienen, — was, wie oben dargelegt, nur in bescheidenem Maße notwendig ist und auch nur schlecht gelingt —, einen äußerst schwerwiegenden Eingriff in die internen Verhältnisse einer Ehe zugestanden, durch den Ehegatten sogar der Weg zu gegenseitigen Zwangsvollstreckungshandlungen geöffnet wird. Es erheben sich daher gegen die Regelung des Art. 185 ZGB ernste Zweifel, die u. E. sogar eine Streichung dieser Vorschrift rechtfertigen²³.

4. Spezialfälle: Anbringung der Ehescheidungsklage, Trennungsurteil.

Das Gesetz kennt zwei weitere Fälle des Eintritts der richterlichen Gütertrennung, welche sich von den übrigen Gütertrennungsgründen durch die Eigenheit unterscheiden, daß sie nur in Verbindung mit anderen richterlichen Verfügungen zur Anwendung kommen können, sei es als Bestandteil eines Trennungsurteils, sei es im Rahmen der vorsorglichen Maßregeln im Scheidungsprozeß.

a) Anbringung der Ehescheidungsklage. Nach Anbringung der Scheidungsklage hat der Richter gemäß Art. 145 ZGB die für die Dauer des Prozesses notwendigen vorsorglichen Maßregeln anzuordnen. Darunter fällt insbesondere auch eine derartige Regelung des güterrechtlichen Verhältnisses, welche in der Schwebezeit bis zur Erledigung des Scheidungsprozesses die Ehegatten vor finanziellem Schaden bewahrt. Ueber Umfang, Art und Zeitpunkt der zu treffenden Maßnahmen entscheidet der Richter unter angemessener Berücksichtigung der beidseitigen Interessen nach freiem Ermessen. Findet er es für richtig, unter den obwaltenden Umständen des konkreten Falles als einschneidendes Mittel die Gütertrennung anzuordnen — welches Recht ihm zweifelsohne zusteht²⁴ —, so muß zu ihrer tatsächlichen Durchführung

²³ Aehnlich Erny S. 38.

²⁴ Vgl. den Wortlaut des Art. 145 ZGB, der die Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse ausdrücklich erwähnt; Egger A. 145, N. 14; Gmür.

die Zwangsvollstreckung gestützt auf Art. 176 Abs. 1 ZGB zulässig sein. Der Richter wird ohnehin seine Verfügung nur angesichts zwingender Gründe (drohendes Durchbrennen des einen Ehegatten mit dem Geld, Verschwendungssucht) treffen und da ist es doppelt wichtig, daß dem zu schützenden Ehegatten ein sofort wirkendes Mittel in die Hand gegeben ist; dabei ist vor allem an den Arrest zu denken.

b) Trennungsurteil. Obschon durch das Trennungsurteil das rechtliche Band der Ehe nicht aufgehoben wird, drängt sich doch zumeist eine Neuordnung der bis anhin geltenden Güterrechtsverhältnisse auf. Vorab steht es im freien Belieben der beiden Ehegatten, ihr künftiges güterrechtliches Verhältnis zu gestalten. Notwendig zur Rechtsgültigkeit der vereinbarten Regelung ist allerdings die richterliche Genehmigung (Art. 158 Ziff. 5 ZGB). Treffen die Ehegatten keine Vereinbarung oder können sie sich nicht einigen, so kann der Richter in einem doppelten Sinne eingreifen: Einerseits kann er die Fortdauer des bisherigen Güterstandes bestimmen, will er dies nicht, hat er anderseits zwingend die Gütertrennung anzuordnen. In einem Falle jedoch ist dem Richter die Entscheidung benommen: Verlangt ein Ehegatte die Gütertrennung, so muß er dem Begehren entsprechen.

Die Inanspruchnahme der Zwangsvollstreckung zu ihrer Durchsetzung muß auch hier gegeben sein. Es soll den Ehegatten, insbesondere der Ehefrau, ermöglicht werden, ihre Vermögenswerte nach der in den meisten Fällen mit der Trennung verbundenen tatsächlichen Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes selbst zu verwalten und zu nutzen, weil die Ehegatten wirtschaftlich weitgehend voneinander unabhängig werden. Auch unter dem Gesichtswinkel, daß das Institut der Ehetrennung in erster Linie die Versöhnung der Ehegatten im Auge hat, läßt sich diese Regelung rechtfertigen. Im Interesse der Ausschaltung von Reibereien auf dem vermögensrechtlichen Gebiet, welches ja bekanntlich für Zwistigkeiten den günstigsten Nährboden bietet, muß eine klare, saubere Lösung angestrebt werden, die bei anzuwendenden Maßnahmen im Momente den Eindruck von Härte erwecken mag, sich jedoch auf die Dauer nur zum Guten auswirken wird.

A. 145 N. 6; Erny S. 54/55. Der Richter ist hier nicht an die Voraussetzungen der Art. 183—184 ZGB gebunden.

C. Die verfahrensrechtliche Durchsetzung der Gütertrennung

Der Zeitpunkt des Eintritts der Gütertrennung ist bei der gesetzlichen Gütertrennung die Feststellung eines Verlustes der Gläubiger, bei der richterlichen Gütertrennung das Datum der Rechtskraft der richterlichen Verfügung²⁵. Von diesem Zeitpunkt an steht nunmehr jedem Ehegatten bei auftretenden Streitigkeiten in der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Zwangsvollstreckung zur Verfügung. Diese Befugnis erstreckt sich auf sämtliche Ansprüche des einen Ehegatten an den andern, seien es nun solche auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung, oder solche, die auf Uebergabe einer Sache gehen: Dort ein Recht der unbeschränkten Betreibung, hier nach gerichtlicher Feststellung des Anspruchs Realexécution nach kantonalem Recht.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der praktischen Durchführung dieser Grundsätze im Betreibungsrecht. Während nämlich die kantonale Realexécution immer die richterliche Feststellung des Anspruches voraussetzt und dadurch die Exekutionsinstanz in die Lage versetzt wird, anhand des ergangenen richterlichen Entscheides sich zu überzeugen, daß der Anspruch, für den vom Ehegatten die Inanspruchnahme der Zwangsvollstreckung geltend gemacht wird, zur Durchführung der Gütertrennung dient, liegen die Dinge auf dem Gebiete des Betreibungsrechtes wesentlich anders. Hier existiert ein Vorverfahren, durch das die Zahlungspflicht des Schuldners ohne gerichtlichen Prozeß festgelegt werden kann. Erhebt der Schuldner gegen den jede Betreibung einleitenden Zahlungsbefehl weder Rechtsvorschlag noch leistet er Zahlung innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Fristen, so gilt die Forderung als zu Recht bestehend und der Gläubiger kann die Fortsetzung der Betreibung, d. h. die zwangsmäßige Beschlagnahme und Verwertung des schuldnerischen Vermögens bzw. einzelner Teile desselben, verlangen (vgl. Art. 69 SchKG).

Wie soll sich nun der Betreibungsbeamte, der ex officio verpflichtet ist, jedes gegen das Verbot des Art. 173 Abs. 1 ZGB verstoßende Betreibungsbegehren abzuweisen, überzeugen, daß die im Art. 176 Abs. 1 ZGB genannten Voraussetzungen im Einzelfalle zutreffen, m. a. W. ob sowohl ein Fall der gesetzlichen oder richterlichen Gütertrennung vorliegt als auch ob die Forderung,

²⁵ Vgl. BGE 70 III 58.

für die Anhebung der Betreibung verlangt wird, zur Durchführung der Gütertrennung dient?

1. Nachweis des Eintrittes der gesetzlichen oder richterlichen Gütertrennung. Dem Betreibung begehrenden Ehegatten obliegt die Pflicht, dem Betreibungsamt nachzuweisen, daß zwischen ihm und seinem Ehegatten der a. o. Güterstand eingetreten ist. Sowohl richterliche als gesetzliche Gütertrennung sind von Amtes wegen im Güterrechtsregister einzutragen²⁶. Ist eine solche im Zeitpunkt der Stellung des Betreibungsbegehrens bereits vorgenommen, erleichtert dies naturgemäß den Nachweis der eingetretenen Gütertrennung, da das Betreibungsamt lediglich einen entsprechenden Registerauszug verlangen kann, der regelmäßig beweisen genügend sein wird. Demgegenüber gilt jedoch für beide Arten, daß die Eintragung und Veröffentlichung der Gütertrennung im Güterrechtsregister nicht abgewartet werden muß. Hier wie dort kommt dem Eintrag bezüglich des hier allein maßgebenden internen Verhältnisses unter den Ehegatten keine konstitutive, sondern bloß deklaratorische Wirkung zu. Das Gegenteilige kann insbesondere bei gerichtlicher Gütertrennung auch nicht aus Art. 248 ZGB geschlossen werden, da es sich dort um die Rechtskraftwirkung gegenüber Dritten handelt, die gestützt auf Art. 176 Abs. 1 ZGB erhobene Betreibung jedoch ausschließlich die internen ehelichen vermögensrechtlichen Beziehungen beschlägt²⁷.

Bei richterlicher Gütertrennung ist der Nachweis also regelmäßig schon dann als erbracht zu betrachten, wenn der richterliche Entscheid, versehen mit einer Rechtskraftbescheinigung, vorgelegt werden kann. Bei gesetzlichem Eintritt der Gütertrennung infolge Konkursverlustes wird in erster Linie das Vorlegen von Konkursverlustscheinen, sofern solche vorhanden sind, genügen. Dann kommen jedoch in zweiter Linie auch Einstellungsverfügungen mangels Aktiven des Konkursamtes in Frage. Als letztes Mittel bleibt dem Betreibungsamt, wenn es über die vorgelegten Beweismittel irgend welche Zweifel hegt, noch immer die persönliche Erkundigung beim Konkursamt.

²⁶ Art. 186 Abs. 3 ZGB; vgl. ferner Güterrechtsreg. VO vom 27. IX. 1910, Art. 17 und 18.

²⁷ So BGE 70 III 58; unzutreffend BGE 44 III 114 und die sich auf dieses Urteil stützenden Kommentatoren: Egger, A. 176 N. 2; Gmür, A. 176 N. 5.

2. Nachweis, daß die Forderung, für welche Betreibung beansprucht wird, im Rahmen der Durchführung der richterlichen oder gesetzlichen Gütertrennung liegt. — Die Zwangsvollstreckung steht nur und ausschließlich zur Durchführung zur Verfügung; einmal durchgeführt, greift auch unter Gütertrennung das Zwangsvollstreckungsverbot wieder vollumfänglich Platz. Es kann somit der bloße Nachweis der bestehenden Gütertrennung nicht genügen. Dazu kommt der Beweis oder zumindest die Glaubhaftmachung gegenüber dem Betreibungsamt, daß die Forderung dem Vollzug der Gütertrennung dient. Bei gerichtlicher Gütertrennung kann die Vorlage des Urteils in dieser Hinsicht nichts nützen; darin wird lediglich konstitutiv der a. o. Güterstand eingeführt, über die tatsächliche Ausscheidung der beiden Güter wird nichts ausgesagt. Diese bleibt in fast allen kantonalen Rechten den Ehegatten selbst anheimgestellt. Nur zwei Kantone, Solothurn und Baselstadt, bestimmen in ihren Einführungsgesetzen zum ZGB, daß die Güterausscheidung von Amtes wegen durch eine Behörde vorzunehmen sei²⁸. Diese Regelung hat den gewaltigen Vorteil, daß derjenige Ehegatte, der zu ihrem Vollzug die Zwangsvollstreckung in Anspruch nehmen will, dem Betreibungsamt lediglich das behördliche Güterausscheidungsinventar vorlegen muß, um die Qualität seiner Forderung als eine der Durchführung der Gütertrennung dienende nachzuweisen. In allen übrigen Kantonen ist indessen der Betreibungsbeamte weitgehend auf sein Ermessen angewiesen. Jedenfalls kann keine Rede davon sein - wie Erny annimmt²⁹ -, daß jede Inanspruchnahme der Zwangsvollstreckung eine richterliche Feststellung der beidseitigen Ansprüche voraussetzt. So praktisch und willkommen diese Lösung dem Betreibungsbeamten auch sein würde, findet sich doch im Gesetze nicht der geringste Anhaltspunkt zu ihrer Stützung. Im Gegenteil, dieses gewährt die Zwangsvollstreckung ausdrücklich „unbeschränkt“³⁰. Es wäre in der Tat auch nicht einzusehen, weshalb dem gläubigerischen Ehegatten die Vorteile der Feststellung der schuldnerischen Zahlungspflicht ohne Prozeß mittels Einleitungsverfahrens (Zahlungsbefehl) benommen sein soll. Al-

²⁸ Solothurn EGZGB § 67 Abs. 2; Baselstadt § 34.

²⁹ A. a. O.: S. 78.

³⁰ Vgl. den Wortlaut von Art. 176 Abs. 1 ZGB.

lein, dieses Einleitungsverfahren muß notwendigerweise durch Zustellung eines Zahlungsbefehls eröffnet werden, welche, wie wir gesehen, als Zwangsvollstreckungshandlung ebenfalls dem Verbot des Art. 176 Abs. 1 ZGB unterworfen ist. Dem Betreibungsbeamten kann dadurch die unangenehme Lage erwachsen, daß er zwar einerseits zur Beobachtung des Zwangsvollstreckungsverbotes berufen ist, anderseits aber dem Berechtigten die Behauptung durch Verweigerung der Ausfertigung des Zahlungsbefehls die Möglichkeit des prozeßfreien Vorgehens nicht schlechterdings verschließen kann, bloß weil keine absolut schlüssige Beweise beigebracht werden können, daß es sich um den Ausnahmefall des Art. 176 Abs. 1 ZGB handelt. Er wird sich also i. R. mit der Glaubhaftmachung begnügen müssen, ja, wir halten sogar dafür, daß in Zweifelsfällen eher zu Gunsten des die Zwangsvollstreckung Begehrenden entschieden werden muß und Ausfertigung und Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgen kann, da einerseits dem schuldnerischen Ehegatten der Beschwerdeweg, anderseits dem Betreibungsamt, sollte sich im Verlaufe des Verfahrens die Ungesetzlichkeit herausstellen, die Aufhebung der Betreibung jederzeit offen steht.

3. Das Gesetz bindet die Inanspruchnahme der Zwangsvollstreckung zur Durchführung der Gütertrennung an keine Frist. Es muß also angenommen werden, daß *de lege lata* zeitlich unbeschränkt vorgegangen werden kann. Der Fall wäre denkbar, daß ein Ehegatte beispielsweise auch noch nach zehn Jahren nach eingeführter Gütertrennung plötzlich die Zwangsvollstreckung gegen den andern anhebt, sofern er bloß glaubhaft machen kann, daß sein Anspruch der Durchführung der Gütertrennung dient, welche aus irgend welchen Gründen bis dato unterblieben sei. — Hierin liegt eine u. E. *de lege ferenda* auszuschaltende Unzulänglichkeit. Im Interesse der Schaffung von klaren Rechtsverhältnissen drängt sich in Ergänzung des Art. 176 Abs. 1 ZGB eine Zusatzbestimmung des Inhalts auf, daß die Zwangsvollstreckung zur Durchführung der vom Richter oder durch Gesetz angeordneten Gütertrennung nur innert bestimmter Frist³¹ nach Entstehung derselben in Anspruch genommen werden kann.

³¹ Die Frist von einem Jahr erscheint angemessen; dabei müßte sie sich allerdings um die Dauer allfälliger Prozesse um die güterrechtliche Auseinandersetzung erstrecken.

III. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zur Eintreibung von richterlichen Beiträgen

A. Voraussetzungen

Der zweite Fall, da dem Ehegatten ein selbständiges Zwangsvollstreckungsrecht zusteht, knüpft sich an die Voraussetzung, daß es sich bei dem in Frage stehenden Anspruch „um einen dem einen Ehegatten an den andern vom Richter auferlegten Beitrag handelt“ (Art. 176 Abs. 2 ZGB).

1. Die Auslegung des im Gesetzestext verwendeten allgemeinen Ausdrucks „Beitrag“ (franz. *subsidés*, ital. *sovvenzioni*) ist in Doktrin und Praxis auf Schwierigkeiten gestoßen. — Ausgangspunkt muß die Klarstellung des Willens des Gesetzes selbst sein. Es sei deshalb hier einmal mehr in Erinnerung gerufen, daß das Verbot der Zwangsvollstreckung soweit irgendmöglich intakt erhalten bleiben soll und daß nur ganz triftige Gründe seine Durchbrechung rechtfertigen; eine weite Interpretation von „Beitrag“ ist damit zum vornherein ausgeschlossen. Frage ist, wann diese triftigen Gründe vorliegen.

Richtig erscheint zunächst soviel, daß es sich um eine vermögensrechtliche Leistung des einen Ehegatten an den andern handeln muß. Zu diesem spezifischen Inhalt der Leistung muß nunmehr ein ganz bestimmter qualifizierter Zweck derselben hinzutreten, dergestalt, daß beides zusammen einen triftigen Grund im erwähnten Sinne ausmacht. Die Qualifizierung des Zwecks beruht darin, daß der forderungsberechtigte Ehegatte auf jeden Fall und sofort in den tatsächlichen Genuß der Leistung gesetzt werden muß, da er augenblicklich und schlechterdings als auf sie angewiesen erachtet wird. Dieser Auffassung gibt das Bundesgericht in der Formel Ausdruck: „Als Beiträge im Sinne des Art. 176 Abs. 2 ZGB sind nur solche Leistungen des einen Ehegatten an den andern zu verstehen, bei welchen die Hinausschiebung der Liquidation bis zur Auflösung der ehelichen Gemeinschaft oder auch nur bis zur Auflösung des ehelichen Vermögens mit dem Zwecke der Beitragspflicht im Widerspruch stünde“³².

³² BGE 48 III 125, 53 III 152.

2. Der Beitrag muß dem einen Ehegatten an den andern vom Richter auferlegt worden sein. Es ging der Gesetzgeber auch hier offensichtlich davon aus, daß erst Leistungen, deren Notwendigkeit und Angemessenheit durch richterliche Instanz erkannt wurden, der Möglichkeit eines allfälligen Zwangsvollzuges teilhaftig werden sollen. Bloß vertraglich verabredete Beiträge müßten daher nach dem Wortlaut des Gesetzes schlechthin außer Betracht fallen. Allein, dieser Grundsatz läßt sich bei genauerem Zusehen nicht ausnahmslos durchführen; zu einer Besonderheit zwingen die zwischen den Ehegatten vertraglich vereinbarten *Unterhaltsbeiträge*. Unterliegen dieselben der richterlichen Prüfungspflicht, was ausschließlich bei der Ordnung der Nebenfolgen bei gerichtlicher Ehetrennung der Fall ist, drängt sich ohnehin eine Gleichbehandlung mit „vom Richter auferlegten Beiträgen“ auf. Aber auch in den andern Fällen, z. B. bei bloß faktischem Getrenntleben der Ehegatten oder bei der Beitragspflicht der Gütertrennungsehefrau gem. Art. 246 ZGB, wo bei Einigung über die Höhe der Beitragspflicht der Richter nicht angegangen werden muß, kann vernünftigerweise nicht anders verfahren werden. Hier wie dort gilt die Ueberlegung, daß die Realisierung der Unterhaltsbeiträge, falls sie ihren Zweck erfüllen sollen, nicht bis zur Auflösung der Ehe aufgeschoben werden darf. Gleichzeitig entfällt aber praktisch auch die Notwendigkeit der richterlichen Prüfungspflicht, da die Möglichkeit der freien Willenseinigung zwischen den Ehegatten bezüglich Art und Umfang der Unterhaltsbeiträge eine genügende Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen gewährleistet. Es wäre ein allzu formalistischer Standpunkt, wollte man beispielsweise der faktisch getrennt lebenden Ehefrau zumuten, daß sie vorgängig der zwangsweisen Eintreibung ihrer Unterhaltsbeiträge noch ein richterliches Urteil erstreiten muß, dem zumeist ohnehin nur deklaratorischer Charakter zukäme³³.

³³ So BGE 70 III 80; bereits Mentha hatte in der Expertenkommission die Streichung der Worte „durch den Richter auferlegt“ verlangt, um eine Gleichbehandlung aller Beiträge zu erwirken; dies wäre indessen gewiß zu weitgehend, vgl. Exp. Komm. zu Art. 199; ähnlich Droin, S. 167; A. M.: Egger, A. 176 N. 4; Arrêt du Trib. cant. Vaud du 19. 1. 1927, in SJZ. 23 S. 344

Aus dem Dargelegten erhellt, daß verschiedene Arten von vermögensrechtlichen Leistungen einer Subsumption unter Art. 176 Abs. 2 ZGB fähig sind. Den angeführten Voraussetzungen vermögen wohl in erster Linie die ordentlichen Unterhaltsbeiträge im eigentlichen Sinne des Wortes zu genügen, da bei ihnen Notwendigkeit und Dringlichkeit der faktischen Realisierung evident ist; doch können auch einmalige Leistungen als außerordentliche Beiträge in Betracht kommen ³⁴.

1. **Unterhaltsbeiträge:** Diese können vom Richter als Leistungen im Rahmen der vorsorglichen Maßregeln für die Dauer des Scheidungsprozesses (Art. 145 ZGB), oder als solche im Eheschutzverfahren (Art. 169/170 ZGB) auferlegt worden sein. Dazu gehören ferner Unterhaltsbeiträge, die dem einen Ehegatten an den andern im Trennungsurteil auferlegt wurden (Art. 156 Abs. 2 in Verb. mit Art. 158 Ziff. 5 ZGB). Unter diese Kategorie fallen in letzter Linie auch Beiträge der unter Gütertrennung lebenden Ehefrau an den Ehemann zur Tragung der ehelichen Lasten. Es hat sich dabei die Frage gestellt, ob die Entscheidung der „zuständigen Behörde“, welche im Streitfall gem. Art. 246 Abs. 2 ZGB die Höhe des Beitrages bestimmt, überhaupt dem Art. 176 Abs. 2 ZGB unterstellt werden könne, da eine Unstimmigkeit zwischen den Wortlauten dieser beiden Vorschriften bestehe: Die erstere sieht vor, daß der Beitrag durch die „zuständige Behörde“, als welche in einzelnen Kantonen eine administrative Stelle figuriert, festgesetzt werden kann, während Art. 176 Abs. 2 ZGB einen „richterlichen Entscheid“ verlangt. — Mit Recht nimmt die Lehre an, daß man sich an diesem Widerspruch nicht stoßen dürfe, „car l'exécution forcée ne peut être permise dans les cantons qui auront désigné le juge comme autorité compétente et refusée dans les autres“ ³⁵. — Wie bereits ausgeführt, hat die neuere Praxis des Bundesgerichtes die Anwendbarkeit des Art. 176 Abs. 2 ZGB aber auch auf außergerichtlich vereinbarte Unterhaltsbeiträge ausgedehnt

³⁴ Ungenau deshalb Tuor, S. 162 unten.

³⁵ Rossel/Mentha, S. 303; vgl. ferner Gmür, A. 176 N. 7; Droin, S. 177; Haeschel, S. 143.

und in Berücksichtigung dieser veränderten Tatsachen wird die dargelegte Kontroverse ohnehin gegenstandslos.

2. Einmalige Leistungen als außerordentliche Beiträge: Unerläßliche Voraussetzung ist hier jedenfalls, daß der Anspruch vom Richter zuerkannt worden ist. Die Gerichtspraxis ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine einmalige Leistung als Beitrag i. S. des Art. 176 Abs. 2 ZGB zu gelten habe und demgemäß zwangsvollstreckbar sei, schwankend. Es kann nicht verkannt werden, daß auch bei der Prüfung, ob dem in Frage stehenden Anspruch unter allen Umständen und mit allen Mitteln zur Durchsetzung verholfen werden muß, dem Ermessen ein relativ weiter Spielraum belassen ist. Die Bejahung oder Verneinung wird daher oft von den konkreten Verhältnissen des Einzelfalles abhängig sein. Immerhin hat das Bundesgericht unter diesem Gesichtswinkel die Qualifizierung „Beitrag“ für die nachfolgenden Forderungen angenommen:

a) Prozeßkostenvorschuß zur Durchführung der Scheidung: Ein solcher Beitrag kann dem einen Ehegatten im Verfahren nach Art. 170 oder 145 ZGB auferlegt worden sein. Durch die Zusprechung eines derartigen Vorschusses sollen dem andern Ehegatten — meist wird dies die Ehefrau sein — die Mittel verschafft werden, um den Scheidungsprozeß anheben bzw. durchführen zu können. „Das setzt aber der Natur der Sache nach notwendigerweise voraus, daß ein solcher Vorschuß im Falle, daß der verpflichtete Ehemann sich zu dessen freiwilliger Zahlung weigert, sofort im Wege der Zwangsvollstreckung eingetrieben werden kann“³⁶.

b) Prozeßkosten des Ehetrennungsprozesses: Besondere Voraussetzung ist dabei, daß der forderungsberechtigte Ehegatte zugleich Alimentengläubiger ist. Unter diesen Umständen hätte die Verweigerung der Zwangsvollstreckung die vom Gesetze zweifelsohne nicht gewollte Folge, daß ein Teil der bewilligten Unterhaltsbeiträge zur Zahlung der Prozeßkosten verwendet werden müßte³⁷.

³⁶ BGE 53 III 153.

³⁷ BGE 73 III 83 — Prax. XXXVI Nr. 113; oft ist bei Ehetrennung die

c) Aus denselben Erwägungen muß die Zwangsvollstreckung aber auch für die Prozeßkosten aus einem Streit um Unterhaltsbeiträge gewährt werden³⁸.

d) „Beitrag“ kann aber u. U. auch eine andere vermögensrechtliche Leistung, als eine solche auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung sein. Denkbar sind Ansprüche auf Herausgabe von Sachen, wie Möbeln, Wertpapieren, Einsetzung in Vermögensrechte usw. Die hier maßgebende kantonale Realexekution steht dabei unbeschränkt zur Verfügung³⁹.

Keine Anwendung findet indessen Art. 176 Abs. 2 ZGB auf die Prozeßentschädigung, zumindest insofern, als dieselbe aus einer abgelehnten Scheidungsklage resultiert. Hier besteht keine zwingende Notwendigkeit der sofortigen Durchsetzung, ganz abgesehen davon, daß eine solche Zwangsvollstreckung allenfalls ein Hindernis für die Wiedervereinigung der Ehegatten bilden könnte⁴⁰.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß sich für die Beurteilung, ob ein bestimmter Anspruch als „Beitrag“ zu werten sei, kein allgemein gültiger, starrer Maßstab geben läßt. Es ist vielmehr notwendig, daß von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der herrschenden Umstände eine Prüfung bezüglich Vereinbarkeit der der Zwangsvollstreckung rufenden Gründe mit den eingangs herausgeschälten, den Willen des Gesetzes verkörpernden, Richtlinien vorgenommen wird.

C. Verfahrensrechtliche Durchsetzung der Beitragspflicht

Wie bei verlangter Zwangsvollstreckung zur Durchführung der gesetzlichen oder richterlichen Gütertrennung, obliegt auch hier dem anbegehrenden Ehegatten die Pflicht zum Nachweis

Zwangsvollstreckung schon gestützt auf Art. 176 Abs. 1 ZGB zulässig, wenn nämlich im Trennungsurteil die Gütertrennung angeordnet wird, wobei kein Grund besteht, die Prozeßkostenforderung von der Liquidation des Güterstandes auszuschließen.

³⁸ So BGE 63 III 46; abweichend ZR 31 Nr. 163, (Entscheid des zürcherischen Obergerichtes vom 11. 6. 1931).

³⁹ Vgl. ein derartiger Fall in ZR 41 Nr. 104, (Entscheid des zürcherischen Obergerichtes vom 7. 11. 1941).

⁴⁰ So BGE 48 III 125.

bzw. zur Glaubhaftmachung, daß sich sein Anspruch als Beitrag i. S. von Art. 176 Abs. 2 ZGB darstellt. Dies dürfte ihm normalerweise keine Schwierigkeiten bereiten, da er der Exekutionsinstanz als ausreichendes Beweismittel den richterlichen Entscheid, worin der Rechtsgrund seiner Forderung enthalten ist, vorlegen kann. Bei richterlich auferlegten Unterhaltsbeiträgen sind a priori alle Zweifel ausgeschlossen. Bedenken können sich allenfalls dann erheben, wenn die Unterhaltsbeiträge bloß vertraglich vereinbart sind oder es sich bei den zuerkannten Ansprüchen um solche handelt, die als einmalige außerordentliche Beiträge vom Richter auferlegt worden sind. Wir halten dafür, daß man sich in diesen Fällen mit der Glaubhaftmachung begnügen muß. Im Interesse der Dringlichkeit solcher Betreibungen läßt sich die Beibringung eines strikten Beweises, bevor das Betreibungsamt auch nur den Zahlungsbefehl erläßt, nicht rechtfertigen; zudem hat es der Schuldner jederzeit in der Hand, sich gegen die erhobene Betreibung durch Beschwerde zu wehren.

III. TEIL

Schlußbetrachtungen

Das Rechtsinstitut des Ausschlusses der vermögensrechtlichen Zwangsvollstreckung unter Ehegatten ist — soviel wir feststellen konnten — im schweizerischen Recht alleinstehend. Einzig die Türkei hat bei der Rezeption des schweizerischen Zivilgesetzbuches im Jahre 1926 auch die Bestimmungen der Art. 173 bis 176 ZGB unverändert übernommen¹. Jedoch weder die Rechtsordnungen der benachbarten Kulturländer Italien, Oesterreich, Deutschland und Frankreich, noch das englische Recht kennen eine allgemein exekutionsrechtliche Beschränkung ähnlichen Inhalts².

Es ist deshalb nicht erstaunlich, wenn sich seit Einführung des ZGB schon verschiedene kritische Stimmen erhoben haben, die teilweise auf im Gefolge dieser Regelung liegende Unzulänglichkeiten aufmerksam machen, teilweise das Zwangsvollstreckungsverbot als verfehlt betrachten und gar *de lege ferenda* für seine Streichung eintreten.

Nicht weiter ins Gewicht fallen kann zunächst das oberflächliche Urteil von HH Meyer³, die aus der Singularität des schweizerischen Rechts den überspitzten Schluß auf Streichung glaubt ziehen zu dürfen. Wenn andere Nationen ein uns eigenes Rechtsinstitut nicht haben, so heißt das noch lange nicht, daß dasselbe schlecht ist.

Ernsterer Natur sind indessen die Einwände, die von Schweizer erhoben werden⁴. Dieser ist nämlich der Auffassung, daß,

¹ Vgl. das türkische Zivilgesetzbuch (TÜRK KANUNU MEDENISI), Art. 165—168.

² Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, daß in verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen diese Wirkung wenigstens teilweise als Ausfluß der Güterstände, d. h. der Verwaltungsgemeinschaft und der Gütergemeinschaft, resultiert; vgl. für das deutsche Recht: Rümelin, S. 32.

³ A. a. O.: S. 197.

⁴ ZSR 47 S. 227a/28a.

wenn sich ein Ehegatte schon zu Zwangsmaßnahmen gegen den andern gezwungen sehe, es nicht diese seien, welche die Ehe gefährden, sondern entweder die Vorgänge, die zu den Maßnahmen Veranlassung gegeben haben oder eine mangelnde eheliche Gesinnung des Ehegatten selbst. In beiden Fällen werde durch ein Verbot der Maßnahmen den Grundursachen der Zerrüttung nicht abgeholfen.

Es kann allerdings nicht verkannt werden, daß durch das Verbot der Zwangsvollstreckung erst ein sekundäres Stadium der Erschütterung der ehelichen Gemeinschaft getroffen werden kann. Primär ist der gemeinschaftswidrige Wille des einen Ehegatten, gegen den anderen Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, und bloß die Durchführung dieses Willens scheitert am gesetzlichen Verbot; insofern wird also die Wurzel dieses verpönten Verhaltens nicht erfaßt — kann gar nicht erfaßt werden. Allein, dabei darf ein Zweifaches nicht übersehen werden:

Wiewohl durch das Zwangsvollstreckungsverbot des Uebels Kern nicht unmittelbar getroffen werden kann, verhindert es wenigstens die u. E. nicht minder üblen Folgen, die bei zugelassener Zwangsvollstreckung eintreten würden. Der Wille zur Zwangsvollstreckung ist zwar da, aber damit hat es sein Bewenden; die Realisierung dieses Willens ist ausgeschlossen. Damit aber wird ihm der Lebensraum benommen und er wird häufig gänzlich verschwinden.

Wir sind uns dabei wohl bewußt, daß in vielen anderen Fällen, wo die Zerrüttung der ehelichen Gemeinschaft bereits fortgeschritten ist, auch durch die Beschneidung des Exekutionsrechtes nichts mehr geholfen werden kann. Demgegenüber mögen indessen jene Fälle nicht minder zahlreich sein, wo eine Spannung im ehelichen Verhältnis zwar bereits den einen Ehegatten zur Erwägung von Zwangsmaßnahmen geführt hat, durch die Erkenntnis deren faktischen und rechtlichen Undurchführbarkeit indessen weiteres Unheil verhütet wurde, denn — und darüber scheint uns keinerlei Zweifel zu bestehen — wenn sich schon einmal Ehegatten als Gläubiger und Schuldner in einem Zwangsvollstreckungsverfahren mit all seinen Härten und Widerwärtigkeiten gegenüberstehen, ist die Kluft zwischen ihnen meist unüberbrückbar geworden. In der Ausschaltung dieses Ge-

fahrenherdes für die eheliche Gemeinschaft liegt u. E. die Daseinsberechtigung des Zwangsvollstreckungsverbotes, die schon dann gegeben ist, wenn es ihm gelingt, bloß in drei von zehn Fällen einer fortschreitenden Zerrüttung Einhalt zu gebieten. Sodann darf nicht vergessen werden, daß das Verbot wohl primär dem Schutz der Ehegatten in ihrem internen Verhältnis dienen soll, in zweiter Linie jedoch auch der Schutz der ehelichen Gemeinschaft nach Außen mitspielt, indem es dem Ansehen der Ehe im öffentlichen Empfinden zuwiderläuft, wenn die Ehegatten gegeneinander zu Zwangsmitteln auf vermögensrechtlichem Gebiet greifen. Gerade in der heutigen Zeit, wo Ehe und Familie stark erschüttert sind, darf der Staat nichts außer acht lassen, was ihrer Stützung auch nur irgendwie dienen kann.

Ueberblicken wir so die Regelung in ihren mannigfaltigen Auswirkungen, ihren verschiedenen vom Gesetze selbst vorgenommenen Einbrüchen und Modifizierungen, kann u. E. die bestehende Lösung im großen und ganzen mit gutem Gewissen als gerecht und befriedigend bezeichnet werden. Werden auch die hier und dort noch auftretenden Unzulänglichkeiten, wie insbesondere die strikte Nichtgewährung des Arrestes und die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung zur Wiedereinsetzung der Gütertrennungsehefrau in ihre vermögensrechtlichen Verwaltungsrechte, künftighin analog der Ausdehnung des privilegierten Anschlußrechtes des Ehegatten auf alle Forderungen im Sinne unserer Anregungen von der Gerichtspraxis korrigiert, läßt sich gegen die Art. 173—176 ZGB kaum mehr etwas einwenden.

Abschließend mag die Tatsache interessant sein, daß in praxi die behördliche Anwendung des Verbotes relativ selten aktuell wird. Erhebungen bei Betreibungsämtern aller Kantone haben ergeben, daß die Zahl der Betreibungsbegehren, die vom Betreibungsamt als gegen das Verbot des Art. 173 Abs. 1 ZGB verstoßend abgelehnt werden müssen, sich pro Jahr und Betreibungskreis durchschnittlich auf 0—1 Fall beläuft. Vielen Betreibungsämtern, insbesondere jenen in ländlichen Verhältnissen, ist überhaupt auf Jahre hinaus kein einziges praktisches Beispiel bekannt.

Lebenslauf

Ich wurde am 29. Juni 1925 in Zürich geboren; daselbst besuchte ich während sechs Jahren die städtische Primarschule. Anschließend trat ich ans kantonale Realgymnasium Zürich über, wo ich im Frühling 1944 mit der Maturität (Typus B) abschloß.

Nach absolvierter Rekrutenschule wandte ich mich im Herbst des gleichen Jahres dem rechtswissenschaftlichen Studium an der Universität Zürich zu. Zuzolge wiederholten Militärdienstes in den Jahren 1944 bis 1947 wurde mein Studium anfänglich öfters unterbrochen und aus den gleichen Gründen sah ich mich gezwungen, mich vom Sommersemester 1947 dispensieren zu lassen. Am 13. Mai 1950 bestand ich die letzte mündliche Prüfung.

In den Semesterferien habe ich mich wiederholt auf einem Buchhaltungs- und Treuhandbureau betätigt; im Herbst 1947 absolvierte ich zudem ein zweimonatiges Auditorat am Bezirksgerichte Zürich.

